

CHAPITRE 17

PROCÉDURE ARBITRALE  
DEVANT LES TRIBUNAUX CIRDI ET HORS CIRDI

LORETTA MALINTOPPI\*

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES  
SUR LES ARBITRAGES CIRDI ET HORS CIRDI

Avec l'expansion constante et progressive de l'arbitrage concernant les investissements internationaux et le développement d'une branche de droit où le droit international public et le droit privé se croisent et où l'existence d'une nouvelle jurisprudence fait couler beaucoup d'encre, deux phénomènes parallèles et concurrents ont graduellement fait surface. D'un côté, la crise annoncée par certains du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (le CIRDI ou le Centre), créé par la Convention de Washington de 1965, ayant pour but le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et investisseurs étrangers. De l'autre côté, le recours – qui semble être croissant – à d'autres institutions arbitrales ou à des arbitrages *ad hoc* pour la résolution de conflits en matière d'investissements.

L'enfance du CIRDI a été tranquille et plutôt sans histoire. Il aura fallu attendre jusqu'en 1972 pour que la première affaire<sup>1</sup> soit soumise au Centre et la fin des années quatre-vingt-dix pour que l'arbitrage des différends en matière d'investissement international se développe avec un élan croissant, dû aussi à l'augmentation du nombre des traités bilatéraux d'investissement partout dans le monde.

Pour ce qui concerne la crise présumée du système CIRDI, dans la mesure où des données statistiques relatives aux arbitrages d'investissement sont disponibles, les statistiques de cette institution semblent démentir ce diagnostic, car le Centre demeure toujours très sollicité. En effet, cette institution continue à administrer la très grande majorité des arbitrages d'investissement : trois cent dix-neuf affaires ont été enregistrées de la création du Centre jusqu'au 30 juin 2010, avec un total de trois cent quatre-vingt-dix affaires d'investissement jusqu'en 2011<sup>2</sup>. On remarque

---

\* Loretta MALINTOPPI, *Of Counsel*, Eversheds LLP, Paris. L'auteur est reconnaissante à Cheryl Dunn, Angelynn Meya, Wesley Pydiamah et Alexandre Karp Senegacnik pour leur précieuse collaboration dans la préparation de ce chapitre.

<sup>1</sup> *Holiday Inns S.A. et al. c. Maroc*, ARB/72/1.

<sup>2</sup> D'après les statistiques de la CNUDCI, le total des affaires d'investissement connues depuis la première affaire en 1987 est de 390, *UNCTAD, Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement, IIA*, n° 11, March 2011.

PARTIE II – CHAPITRE 17

que, au cours de l'année 2010, le Centre a enregistré vingt-sept nouvelles affaires, ce qui représente une augmentation de 12% par rapport à l'année précédente<sup>3</sup>. En effet, cette institution continue à administrer la très grande majorité des arbitrages d'investissement et a enregistré en 2013 quarante-trois nouvelles affaires, soit le plus grand nombre d'affaires jamais enregistrées au cours d'un seul exercice. On remarque également une augmentation de plus de 10% par rapport au nombre d'affaires enregistrées en 2012. Le CIRDI a ainsi administré le nombre record de cent quatre-vingt-quinze affaires en 2013, ce qui représente 45% des quatre cent trente-trois affaires jamais enregistrées par le Centre<sup>4</sup>. Ce taux est important lorsqu'on le compare avec le total de cinq cent soixante-huit affaires d'investissement enregistrées en 2013<sup>5</sup>.

L'arbitrage CIRDI ne cesse donc de se développer et semble toujours jouir d'une réputation solide, en dépit de ses détracteurs.

Cela dit, les investisseurs peuvent opter pour n'importe quel mécanisme de résolution des conflits en matière d'investissements au moyen de clauses compromissaires qui peuvent être contenues dans un traité d'investissement bilatéral ou multilatéral, dans un contrat d'investissement conclu entre un investisseur et un Etat hôte, ou dans une disposition d'une loi nationale.

En particulier, les clauses combinées de résolution des litiges (dénommées en anglais clauses *multi-tier*) – qui sont souvent contenues dans ces instruments – prévoient que tout conflit futur et éventuel sera résolu, à défaut d'une solution amiable, par un arbitrage, selon le choix fait par l'investisseur. Un grand nombre de ces clauses donnent le choix entre plusieurs types d'arbitrage : l'arbitrage soumis au règlement du CIRDI, ou à d'autres institutions arbitrales et/ou au règlement de la CNUDCI. Quand une clause compromissoire n'est pas claire, les conséquences peuvent être sérieuses, étant donné qu'une clause ambiguë ou mal rédigée peut permettre de contester la compétence du tribunal arbitral avant même que le fond de l'affaire soit abordé, ou d'invalider la suite de la procédure arbitrale.

Le choix d'un mode de résolution d'un différend entraîne l'exclusion de toute autre méthode (*electa una via non datur recursus ad alteram*). Bien entendu, toute incertitude peut être évitée en ne proposant pas de choix dans la clause d'arbitrage, et en désignant une juridiction compétente unique pour la résolution d'un conflit futur et éventuel.

Le succès de l'arbitrage CIRDI s'explique, en partie, par le fait que le Centre reste l'une des institutions arbitrales préférées par les rédacteurs des clauses compromissaires contenues dans les traités d'investissement et qu'il figure souvent à la première place des options soumises au choix de l'investisseur. Un exemple

<sup>3</sup> ICSID 2010 Annual Report, p. 21, <<http://icsid.worldbank.org>>.

<sup>4</sup> CIRDI, Rapport Annuel, 2013, pp. 21-22.

<sup>5</sup> UNCTAD, *Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement*, IIA, No. 1, May 2013, p. 1 ; UNCTAD, *Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement*, IIA, No. 1, April 2014, p. 7. Les chiffres en 2014 sont 40 nouvelles affaires CIRDI et 8 affaires CIRDI CNUDCI. Au total en 2014 le CIRDI administrait le chiffre record de 209 affaires.

PROCÉDURE ARBITRALE DEVANT LES TRIBUNAUX CIRDI ET HORS CIRDI

particulièrement significatif est le Traité sur la Charte de l'énergie (TCE), qui met en place un cadre de coopération internationale entre les pays d'Europe et d'autres pays industrialisés, afin de développer le potentiel énergétique des pays d'Europe centrale et orientale et d'assurer la sécurité des approvisionnements énergétiques de l'Union européenne<sup>6</sup>. L'article 26 de ce traité donne aux investisseurs la possibilité de choisir entre trois mécanismes de résolution arbitrale en cas de conflit entre une partie contractante et un investisseur appartenant à une autre partie contractante : 1) le CIRDI, 2) le règlement de la CNUDCI et 3) l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm (CCS)<sup>7</sup>. Les statistiques du TCE font apparaître une préférence marquée pour l'arbitrage CIRDI, qui a été choisi dans approximativement 58% des affaires<sup>8</sup>.

L'exemple du TCE mentionné ci-dessus n'est pas isolé, car le choix le plus fréquent des parties, après le CIRDI, est l'arbitrage *ad hoc* régi par le règlement de la CNUDCI (158 arbitrages au total en 2013)<sup>9</sup>. Ces affaires sont de plus en plus souvent administrées par la Cour permanente d'arbitrage (CPA), qui a connu un succès sans précédent à partir des années quatre-vingt<sup>10</sup>.

Quant aux autres institutions arbitrales, elles demeurent peu utilisées dans le domaine des arbitrages entre investisseurs et Etats. C'est le cas notamment du règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI), qui a été révisé récemment, avec effet à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2012<sup>11</sup>. D'après des renseignements obtenus par la CCI, il y aurait eu seulement neuf affaires fondées sur un traité d'investissement entre le 1<sup>er</sup> janvier 1996 et le 1<sup>er</sup> novembre 2009. Toutefois, cinq de ces affaires ont été enregistrées en 2009, ce qui pourrait indiquer un intérêt croissant pour le choix du système CCI dans ce domaine<sup>12</sup>.

<sup>6</sup> 2080 RTNU, I-36116, p. 178.

<sup>7</sup> L'Institut d'arbitrage de la CCS est composé d'un conseil d'administration (le Conseil) et d'un secrétariat, qui assurent ensemble l'administration des arbitrages conformément au règlement de la CCS.

<sup>8</sup> N. ELIASSON, « 10 Years of Energy Charter Treaty Arbitration », publié dans le site de la CCS <<http://www.sccinstitute.com/?id=23696&newsid=40962>>.

<sup>9</sup> UNCTAD, *Latest developments*, 2014, *op. cit.*, p. 9.

<sup>10</sup> A la fin de l'année 2013, la CPA administrait 99 affaires d'investissements. UNCITRAL, *op. cit.*, p. 9.

<sup>11</sup> A moins que ce ne soit spécifié autrement, toute référence au règlement CCI dans ce chapitre (notamment dans les notes de bas de page) concerne le règlement en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2012.

<sup>12</sup> Au vu de cette tendance, la Commission d'arbitrage de la CCI a créé une *Task Force* chargée d'étudier et d'identifier les caractéristiques principales des arbitrages impliquant les Etats et les parties étatiques – y compris les arbitrages d'investissement – et établir si et dans quelle mesure la présence d'un Etat ou d'une entité étatique est susceptible d'influencer la conduite d'un arbitrage CCI. La *Task Force*, qui est présidée par Lord Peter Goldsmith et Eduardo Silva Romero, est en train de compléter un rapport et des recommandations pour la Commission, mais son travail a déjà influencé certains aspects de la révision du règlement, notamment pour ce qui concerne la définition du type d'arbitrages soumis au règlement. Alors que l'ancien règlement, à l'article 1(1) spécifiait que la mission de la Cour concernait la solution des différends « ayant un caractère international, intervenant dans le domaine des affaires », le nouvel article 1(2) fait référence seulement au fait que la Commission administre les « arbitrages soumis au règlement » afin d'inclure aussi les litiges en matière d'investissements. Une autre disposition, qui a été inspirée par le travail de ce groupe de travail, est l'article 13, à son paragraphe (2), qui ajoute la notion d'impartialité parmi les devoirs de l'arbitre, et au paragraphe (4), permettant à la Cour de nommer directement un arbitre quand une ou plusieurs parties sont des Etats « ou affirment être des entités étatiques ».

PARTIE II – CHAPITRE 17

Pour ce qui concerne la CCS, les statistiques de son Institut d'arbitrage révèlent que, depuis 2001, cette institution a enregistré vingt-huit affaires d'investissements, dont cinq ont été enregistrées en 2012 et trois en 2013<sup>13</sup>.

Certains aspects spécifiques de l'arbitrage CIRDI font l'objet de critiques provenant des utilisateurs du système et des spécialistes. Pour ce qui concerne la constitution des tribunaux arbitraux, le choix des arbitres et toutes les questions relatives à leur indépendance et à leur impartialité soulèvent des problèmes. Certains arbitres sont accusés d'être trop « pro-investisseur » et d'autres encore d'être partiaux vis-à-vis des intérêts des Etats. Les demandes de récusation d'arbitres semblent se multiplier, fondées parfois sur des contestations justifiées parfois sur des bases plus spécieuses.

Une critique d'ordre général concerne la méthode de décision des demandes de récusation dans le système CIRDI. D'après l'article 58 de la Convention de Washington, la récusation d'un arbitre est soumise à la décision des deux autres membres du tribunal arbitral. Cette pratique est souvent perçue par les parties comme protégeant les intérêts de la communauté arbitrale, étant donné que les arbitres auraient plutôt tendance à rejeter les objections qui concernent un collègue. Même le secrétariat du Centre a parfois été accusé de favoriser certains arbitres ou d'influencer les décisions des tribunaux arbitraux<sup>14</sup>.

Il est en outre reproché aux comités *ad hoc* en matière d'annulation des sentences CIRDI d'aller trop loin dans leur examen des sentences et d'agir comme des juridictions d'appel au lieu de s'en tenir aux termes de l'article 52 de la Convention de Washington.

Par ailleurs, un certain nombre d'Etats reprochent au système CIRDI d'être trop favorable aux intérêts des investisseurs. Ainsi, deux Etats, l'Equateur et la Bolivie, sont allés jusqu'à dénoncer la Convention de Washington et certains Etats d'Amérique latine ont projeté de créer un système régional de résolution des conflits en matière d'investissements<sup>15</sup>. D'autres, notamment la Russie, ne s'empressent pas de ratifier la convention après l'avoir signée.

Certaines des critiques formulées à l'encontre du système CIRDI ont abouti à des amendements de ses règlements par le conseil administratif, qui sont entrés en vigueur le 10 avril 2006. Ces amendements répondent à la nécessité de rendre le système plus efficace et plus transparent. Toutefois, certaines des modifications ainsi adoptées ont, elles aussi, fait l'objet de critiques, notamment celles qui donnent la possibilité aux tiers d'accéder aux audiences (article 32(2) du règlement d'arbitrage du CIRDI), ou bien celles qui concernent les soumissions écrites des parties non contestantes ou *amici curiae* (article 37(2) du règlement d'arbitrage).

<sup>13</sup> UNCTAD, *op. cit.*, p. 9.

<sup>14</sup> *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. c. Argentine*, ARB/97/3, décision sur la demande de l'Argentine de sursis à l'exécution de la sentence du 20 août 2007, 4 novembre 2008, opinion additionnelle du professeur J.H. Dalhuisen conformément à l'article 48(4) de la Convention CIRDI.

<sup>15</sup> Le projet a été envisagé par les pays composant l'*Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América* (ALBA).

PROCÉDURE ARBITRALE DEVANT LES TRIBUNAUX CIRDI ET HORS CIRDI

La transparence demeure néanmoins un aspect important de l'arbitrage dans le domaine des investissements, dans la mesure où il convient de tenir compte des intérêts publics qui sont en jeu dans ce type de différends et qui peuvent engendrer une exigence de publicité qui n'existe pas dans l'arbitrage commercial. Il en résulte que les affaires soumises à l'arbitrage CIRDI font normalement l'objet d'une information publique, notamment sur le site institutionnel du Centre ou sur des sites spécialisés. En même temps, d'autres aspects de la procédure (plaidoiries des parties, ordonnances du tribunal arbitral, ou décisions de procédure, etc.) ne sont généralement pas rendus publics, sauf si les parties au litige le permettent<sup>16</sup>. Néanmoins, la plupart des sentences CIRDI sont régulièrement publiées et contribuent à façonner un système (plus ou moins cohérent) de règles de droit des investissements internationaux.

Ce besoin de transparence peut constituer une difficulté majeure pour l'acceptation par les Etats d'autres institutions, et surtout celles à vocation principalement commerciale, comme la CCI ou la CCS. Ces instances arbitrales quand elles sont saisies dans un différend entre un Etat et un investisseur étranger sont amenées à traiter un type particulier d'arbitrage, qui ne relève pas seulement du monde des affaires, mais qui implique des intérêts publics majeurs, des aspects de droit international public et les politiques étatiques en matière d'investissements. Ainsi, pour que ces institutions soient davantage présentes dans ce domaine, il leur faut tenir compte des caractéristiques juridiques et politiques de ces arbitrages et savoir adapter leurs règlements en conséquence.

Il convient donc d'analyser l'approche adoptée dans les principaux règlements d'arbitrage autres que celui du CIRDI, qui ont administré des arbitrages d'investissement, ou pourraient le faire, par rapport au système mis en place dans le cadre de la Convention de Washington, afin de voir quelles sont les différences les plus marquées et si, et dans quelle mesure, ces règlements peuvent également s'appliquer aux différends en matière d'investissements<sup>17</sup>. Les règlements examinés dans ce chapitre sont les suivants : le règlement d'arbitrage de la CCI (tel que révisé en 2011 et en vigueur à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2012), le règlement de l'Institut d'arbitrage de la CCS (règlement du 1<sup>er</sup> janvier 2010), le règlement d'arbitrage de la CNUDCI (règlement du 15 août 2010) et le règlement d'arbitrage de la *London Court of International Arbitration* (LCIA) (règlement du 1<sup>er</sup> janvier 1998).

<sup>16</sup> Dans l'affaire *ALENA Pac Rim Cayman LLC c. Republic of Salvador*, ARB/09/12, l'audience sur les exceptions préliminaires était disponible au public par *webcast* des 31 mai et 1<sup>er</sup> juin 2010. L'audience *live* a été rendue possible sous l'article 10.21.2 du *Free Trade Agreement* entre la République dominicaine et les Etats-Unis (DR-CAFTA-US) ainsi que le soutien total des parties au litige. L'audience était diffusée dans les deux langues de l'arbitrage : espagnol et anglais. Des enregistrements vidéo de l'audience restent disponibles sur le site Internet du CIRDI [<http://icsid.worldbank.org>].

<sup>17</sup> Une instance qui n'a pas été prise en compte dans ce chapitre, en raison de ses caractéristiques particulières est le Tribunal des différends irano-américains, qui applique une version modifiée du règlement CNUDCI. Pour une comparaison générale des différents règlements qui peuvent s'appliquer aux litiges en matière d'investissements, v. P. BERNARDINI, « ICSID Versus Non-ICSID Investment Treaty arbitration », in *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, M.A. FERNANDEZ-BALLESTEROS, D. ARIAS (eds.), La Ley, 2010, pp. 159-188.