

**LA FUTURE CONVENTION SUR LES ACCORDS EXCLUSIFS  
D'ELECTION DE FOR ET L'ARBITRAGE**

Procédures parallèles et conflits de traités éventuels, notamment avec  
la CIRDI et la *Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution  
des sentences arbitrales étrangères*

*préparé par Andrea Schulz, Premier secrétaire*

\* \* \*

**THE FUTURE CONVENTION ON EXCLUSIVE CHOICE OF COURT  
AGREEMENTS AND ARBITRATION**

Parallel proceedings and possible treaty conflicts, in particular  
with ICSID and the *New York Convention on the Recognition and Enforcement  
of Foreign Arbitral Awards*

*prepared by Andrea Schulz, First Secretary*

*Document préliminaire No 32 de juin 2005  
à l'intention de la Vingtième session de juin 2005*

*Preliminary Document No 32 of June 2005  
for the attention of the Twentieth Session of June 2005*

**LA FUTURE CONVENTION SUR LES ACCORDS EXCLUSIFS  
D'ELECTION DE FOR ET L'ARBITRAGE**

Procédures parallèles et conflits de traités éventuels, notamment avec  
la CIRDI et la *Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution  
des sentences arbitrales étrangères*

*préparé par Andrea Schulz, Premier secrétaire*

\* \* \*

**THE FUTURE CONVENTION ON EXCLUSIVE CHOICE OF COURT  
AGREEMENTS AND ARBITRATION**

Parallel proceedings and possible treaty conflicts, in particular  
with ICSID and the *New York Convention on the Recognition and Enforcement  
of Foreign Arbitral Awards*

*prepared by Andrea Schulz, First Secretary*

## TABLE DES MATIERES

RESUME .....	4
I. INTRODUCTION .....	5
A. Questions d'ordre général.....	5
B. Conflits de traités éventuels.....	7
II. CHEVAUCHEMENT ÉVENTUEL ENTRE CERTAINES CONVENTIONS PARTICULIÈRES RELATIVES À L'ARBITRAGE ET LA FUTURE CONVENTION DE LA HAYE SUR LES ACCORDS EXCLUSIFS D'ÉLECTION DE FOR.....	8
A. Compétence et procédures parallèles .....	8
1. <i>La Convention pour le règlement des différends relatifs aux             investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats</i> <i>(Washington, 18 mars 1965)</i> .....	8
a) Observations liminaires.....	8
b) Compétence des tribunaux d'arbitrage CIRDI.....	9
aa) Epuisement des voies de recours internes.....	11
bb) Clause de bifurcation .....	12
cc) TBI dépourvus de clauses particulières .....	14
dd) Clauses-parapluie.....	15
ee) Clauses attribuant au CIRDI compétence à l'égard de « tout différend relatif aux investissements ».....	18
c) Conclusion .....	19
2. <i>La Convention sur la reconnaissance et l'exécution des sentences             arbitrales étrangères (New York, 10 juin 1958)</i> .....	20
3. Le stade de la compétence – Conclusion.....	22
B. Le stade de la reconnaissance et de l'exécution .....	22
1. <i>La Convention pour le règlement des différends relatifs aux             investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats</i> .....	23
2. <i>La Convention sur la reconnaissance et l'exécution des sentences             arbitrales étrangères</i> .....	26

## Résumé

En 2002 / 2003, la Chambre de Commerce Internationale a effectué une recherche empirique parmi les sociétés adhérentes au sujet des pratiques commerciales concernant l'utilisation des accords d'élection de for. Il a été rapporté qu'il était courant que les parties concluent à la fois un accord d'élection de for et une convention d'arbitrage. En outre, un certain nombre de décisions d'arbitrage ont récemment été rendues en vertu de la *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats* (CIRDI), qui a été élaborée sous les auspices de la Banque Mondiale, et qui compte 142 Etats contractants. Les tribunaux d'arbitrage CIRDI devaient décider s'ils étaient compétents en dépit de la coexistence de la convention d'arbitrage avec un accord d'élection de for.

La présente note examine s'il est nécessaire d'inclure des règles supplémentaires dans la future Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for, traitant soit du risque de procédures judiciaires et d'arbitrage parallèles au stade de la compétence, soit d'éventuels conflits entre des obligations de reconnaître une sentence arbitrale en vertu de la CIRDI ou de la *Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, et un jugement incompatible rendu par le tribunal élu en vertu de la future Convention de La Haye.

La conclusion est qu'aucune règle supplémentaire n'est nécessaire. Les juridictions d'Etat aussi bien que les tribunaux d'arbitrage examinent la validité de l'accord d'élection de for et de la convention d'arbitrage, la volonté réelle des parties et la portée des clauses. Dans la plupart des cas le résultat de cet examen est que l'une des clauses n'est pas régulière (par exemple parce qu'elle a été remplacée par l'autre, plus récente), ou qu'il n'est pas satisfait au « critère de triple identité » selon lequel les deux clauses doivent viser les mêmes parties, objet et cause d'action en justice. Dans le contexte de la CIRDI, de surcroît, où la convention d'arbitrage figure couramment dans un traité bilatéral d'investissement (« TBI ») entre deux Etats, et l'accord d'élection de for figure dans un contrat d'investissement entre un investisseur privé et l'Etat d'accueil, les tribunaux d'arbitrage sont guidés dans leur interprétation par un certain nombre de clauses-types dans des TBI qui régissent le rapport entre les accords d'élection de for et les conventions d'arbitrage. En dernier lieu, le choix appartient toujours à l'investisseur, et la conclusion d'un accord d'élection de for par l'Etat d'accueil n'est considérée comme une violation ni de la Convention CIRDI, ni du TBI.

La note examine en détail la jurisprudence d'arbitrage bien documentée rendue en vertu de la CIRDI et certaines rares décisions de juridictions en dehors de la CIRDI à ce sujet, et conclut que le risque de procédures parallèles est assez faible, bien que de telles procédures parallèles ne soient pas entièrement exclues. Il en est toutefois de même des procédures judiciaires parallèles résultant de ce que le tribunal élu en vertu de l'article 5 de l'avant-projet de Convention et un tribunal saisi mais non élu en vertu de l'article 7 peuvent avoir des avis différents au sujet de la validité ou de la portée de l'accord d'élection de for et décider tous deux de connaître de l'affaire. Néanmoins, aucune règle supplémentaire n'a été jugée nécessaire pour traiter cette dernière situation. En ce qui concerne l'arbitrage, la Convention n'en traite pas (article 2(4)) et l'article 5(2) n'interdit pas à un tribunal de surseoir à statuer ou de se dessaisir en vertu de son droit interne du fait d'une convention d'arbitrage régulière. Cela permet aux Etats de se conformer à leurs obligations en vertu de la CIRDI et de la Convention de New York de respecter une convention d'arbitrage régulière.

Au stade de la reconnaissance et de l'exécution, le risque de décisions incompatibles est déjà minimisé parce qu'il est assez peu probable qu'il y aura des procédures d'arbitrage et judiciaires parallèles concernant les mêmes parties, objet et cause d'action en justice. En outre, l'article 23 tel que le propose le Comité de rédaction dans le Document préliminaire No 28, et notamment son paragraphe 3, permettrait aux Etats contractants de se conformer à leur obligation en vertu de la CIRDI ou de la Convention de New York de reconnaître une sentence arbitrale, si la situation exceptionnelle où un jugement en vertu de la Convention de La Haye et une sentence arbitrale incompatible sont présentés à la fois en vue de la reconnaissance et de l'exécution devait survenir.

## I. Introduction\*

1 En 2002 / 2003, alors que l'orientation future du Projet des Jugements était débattue, la Chambre de Commerce Internationale (ICC) a effectué une recherche empirique parmi les sociétés adhérentes. L'objectif était d'obtenir une meilleure connaissance des pratiques commerciales concernant l'utilisation des accords d'élection de for. Lors de la présentation des résultats au Groupe de travail informel sur le Projet des Jugements, il a été mentionné qu'il était courant d'insérer à la fois un accord d'élection de for et une convention d'arbitrage dans la rédaction d'un contrat. Cette pratique existante soulève certaines questions. La présente note a donc pour objet d'éclairer les questions suivantes :

2 Lorsqu'il existe à la fois un accord d'élection de for et une convention d'arbitrage, est-il nécessaire d'insérer des règles supplémentaires dans le chapitre concernant la compétence de l'avant-projet de Convention sur les accords exclusifs d'élection de for afin d'éviter un éventuel conflit ?

3 Au stade de la reconnaissance et de l'exécution, peut-il se produire qu'une sentence arbitrale soit contraire à un jugement rendu par le tribunal élu? Est-il nécessaire et possible d'inclure des règles sur ce point dans le chapitre concernant la reconnaissance et l'exécution de l'avant-projet de Convention sur les accords exclusifs d'élection de for ?

### A. Questions d'ordre général

4 En général, il arrive également dans des affaires purement internes (qui, au stade de la compétence, échappent au champ d'application de l'avant-projet de Convention sur les accords exclusifs d'élection de for) que les parties insèrent à la fois un accord d'élection de for et une convention d'arbitrage dans leur contrat. Néanmoins, la jurisprudence publiée sur la manière de régler une telle situation est assez limitée. L'un des motifs en est qu'il est fréquent que les sentences arbitrales ne soient pas rendues publiques. Mais les décisions judiciaires traitant de la question ne sont pas non plus publiées très fréquemment. Sur le fondement du peu qui a pu être trouvé, on peut cependant conclure que les systèmes juridiques nationaux ont mis au point des mécanismes pour résoudre une telle situation. Les tribunaux examineront normalement en premier lieu si la convention d'arbitrage couvre le litige en cause, et si elle est valable<sup>1</sup>. Dans cette hypothèse, les tribunaux devraient renvoyer à l'arbitrage, respectant ainsi le choix des parties. S'il existe également un accord d'élection de for, la validité de la convention d'arbitrage et l'interprétation de la volonté des parties feront l'objet d'un examen particulièrement approfondi. S'il s'avère que la convention d'arbitrage est nulle ou ne couvre pas les parties ou le litige en cause, le tribunal devrait examiner s'il est compétent ou non, sur la base par exemple de l'accord d'élection de for. Les véritables conflits seront rares parce qu'il est fréquent que l'une seulement des deux clauses soit jugée régulière et / ou recouvrant le litige en cause.

5 Lorsque les deux clauses sont valables et susceptibles à première vue de recouvrir le litige en cause, il semble que les tribunaux cherchent à éviter un conflit éventuel en interprétant la « volonté réelle » des parties. Les tribunaux peuvent examiner de plus près la teneur de l'accord d'élection de for et de la convention d'arbitrage, en tenant compte du

---

\* Le Bureau Permanent souhaite remercier Nicola Timmins, ex-juriste stagiaire, pour l'excellent travail de recherche mené en préparation de ce Rapport.

<sup>1</sup> Dans une affaire anglaise récente où le tribunal était confronté aux deux types de clause, l'accord d'élection de for a été jugé en définitive ne pas avoir été régulièrement inclus dans le contrat. Voir *Siboti KS v. BP France SA* [2003], Haute Cour d'Angleterre et du Pays de Galles (Cour Commerciale) 1278 = [2003] 2 *Lloyd's Report* 364. De même, dans une affaire néerlandaise de 2002, l'accord d'élection de for en faveur d'un tribunal allemand a été jugé irrégulier dans la forme en vertu de l'article 17 de la *Convention sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale du 27 septembre 1968* (dite Convention de Bruxelles ; dernière version mise à jour au JO No C 27 du 26 janvier 1998, p. 1, qui a désormais été en grande partie remplacée par le « Règlement de Bruxelles » (*infra* note 104)). L'accord d'élection de for était en conflit avec une convention d'arbitrage en faveur d'un arbitrage aux Pays-Bas. Un jugement déclaratif selon lequel il n'existait pas de choix régulier d'un tribunal allemand a été demandé aux tribunaux néerlandais avec succès (Hof Leeuwarden, 23 octobre 2002, No 0100223, *Nederlandse Jurisprudentie* 2003, No 289 (p. 2383 et s.)).

fait qu'elles sont distinctes. Dans une affaire anglaise<sup>2</sup>, le tribunal était confronté à deux procédures liées engagées par le même demandeur à l'encontre du même défendeur. L'une des instances était engagée devant le tribunal judiciaire. Elle était fondée sur un contrat d'affrètement qui comportait un accord d'élection de for en faveur des tribunaux anglais. L'autre procédure était fondée sur un contrat de transport comportant une clause compromissoire, et était engagée en vertu du Règlement d'Arbitrage de l'ICC. Dans la procédure judiciaire concernant le contrat d'affrètement, le défendeur a soulevé des questions concernant le contrat de transport à la fois en défense et à titre reconventionnel. La requête du demandeur pour un sursis à statuer sur la demande reconventionnelle (fondée sur le contrat de transport qui comportait la convention d'arbitrage) jusqu'au règlement du litige concernant le contrat de transport par le tribunal d'arbitrage a été rejetée par le tribunal judiciaire, principalement parce que les parties avaient sciemment et intentionnellement inséré deux clauses distinctes pour le règlement des litiges dans leurs deux contrats, bien que la conclusion et l'exécution de ces deux contrats aient été étroitement liées<sup>3</sup>.

6 Il arrive également que les tribunaux trouvent des indications inverses, c'est-à-dire que les litiges sont non seulement liés mais identiques : les parties ne peuvent pas être réputées avoir convenu d'un règlement du même litige devant deux tribunaux différents<sup>4</sup>. Dans ce contexte, il est parfois jugé que des clauses qui se chevauchent doivent être considérées comme de simples alternatives, et que l'exercice de l'une (arbitrage ou compétence judiciaire) interdit nécessairement à la même comme à l'autre partie l'exercice ultérieur de l'autre alternative à l'égard du même litige<sup>5</sup>. Ou le tribunal pourra constater que l'un des accords a été conclu avant l'autre et que le plus récent prime. Il semble donc que la volonté des parties, telles qu'elle est interprétée par les tribunaux, constitue un guide puissant – et normalement suffisant – pour les tribunaux. Et bien qu'il puisse arriver que l'une des parties saisisse le tribunal élu et l'autre partie (voire la même, comme dans l'affaire mentionnée ci-dessus) un tribunal d'arbitrage, cela n'est susceptible de se produire que dans les rares situations où les deux organes de résolution des litiges interprètent les deux clauses comme recouvrant le même objet, et que chaque organe suppose que la clause dont résulte sa compétence prime effectivement sur l'autre clause.

7 L'un des objectifs de la présente note est d'examiner si la future Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for doit donner aux tribunaux nationaux des indications sur la manière de traiter d'une telle situation dans une affaire internationale. Il semble que cela n'est pas nécessaire parce que les juridictions et tribunaux d'arbitrage sont d'ores et déjà en mesure de traiter la coexistence d'une convention d'arbitrage et d'un accord d'élection de for dans les affaires internes et internationales, et qu'aucun motif pratique ne semble exiger une solution différente à cette question dans la future Convention de La Haye. Les mécanismes mis au point par les tribunaux pour les affaires internes pourraient également être utilisés dans les affaires internationales. A cet égard, l'attention est attirée sur l'article 5, paragraphe 2, de l'avant-projet de Convention qui dispose que « Le tribunal ayant compétence en vertu du paragraphe premier ne peut refuser d'exercer sa compétence au motif qu'un tribunal d'un autre Etat devrait connaître du litige ». *E contrario*, on pourrait faire valoir que le tribunal pourrait bien refuser d'exercer une compétence en vertu de son droit interne au motif de l'existence d'une clause compromissoire qui prévaut, si tel est le résultat de l'interprétation de la volonté des parties. Selon son article 2 paragraphe 4, l'avant-projet de Convention ne s'applique pas à l'arbitrage et aux procédures y afférentes. Comme l'indique le Rapport explicatif au paragraphe 57 (Doc. prélim. No 26), cette disposition a pour objet d'assurer que la présente Convention ne s'immisce pas dans les instruments existants concernant l'arbitrage.

<sup>2</sup> *Bulk Oil (Zug) A.G. v. Trans-Asiatic Oil Ltd. S.A.* [1973] 1 *Lloyd's Report* 129. Voir également les observations de D. Roughton, « *Double trouble, The problem of duplicate proceedings in international arbitration* », *Herbert Smith arbitration*, juillet 2002, p. 1.

<sup>3</sup> *Bulk Oil (Zug) A.G. v. Trans-Asiatic Oil Ltd. S.A.* (*supra* note 2), p. 138.

<sup>4</sup> Voir D. Roughton (*supra* note 2), p. 1 et s.

<sup>5</sup> Voir D. Roughton (*supra* note 2), p. 1 et s.

## B. Conflits de traités éventuels

8 Une autre question consiste à savoir si un tribunal d'un Etat partie à la future Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for pourrait risquer de se trouver néanmoins dans une situation où il aurait la possibilité de se conformer soit à une obligation en vertu de cette Convention soit à une obligation en vertu d'un autre traité dans le domaine de l'arbitrage – au stade de la compétence ou au stade de la reconnaissance et de l'exécution. Cette situation devrait naturellement être évitée. Au stade de la compétence, l'article 5(2) de l'avant-projet de Convention, tel qu'interprété ci-dessus, devrait écarter un conflit de traités si cette interprétation est partagée.

9 La réponse à cette question nécessite quelques observations liminaires concernant l'arbitrage en tant que tel. L'arbitrage est le règlement privé des litiges, par opposition au règlement des litiges par les tribunaux nationaux. On peut le diviser en arbitrage institutionnel et arbitrage *ad hoc*<sup>6</sup>. Le règlement institutionnel est caractérisé par une institution d'arbitrage qui fournit l'arbitrage et apporte un appui logistique. L'institution la plus connue dans ce domaine est la Chambre de Commerce Internationale à Paris qui traite des procédures d'arbitrage, complétée par la « Cour Internationale d'Arbitrage ». Cette dernière accompagne et appuie les procédures d'arbitrage à toutes les étapes pertinentes, y compris la désignation d'arbitres et l'examen de la sentence arbitrale.

10 L'arbitrage peut en outre être divisé en arbitrages nationaux et internationaux, selon la nationalité des parties<sup>7</sup> ou l'objet du litige<sup>8</sup>. La *Loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*<sup>9</sup>, à l'article 1(3), combine ces deux approches. L'avant-projet de Convention sur les accords exclusifs d'élection de for, dans son article premier, se fonde sur la résidence des parties, les relations entre elles et tous les autres éléments pertinents au litige, quel que soit le lieu de situation du tribunal élu. Il semble donc clair qu'il pourrait, selon la définition de l'arbitrage international utilisée par le ou les Etats concernés, se chevaucher avec les affaires d'arbitrage nationales comme internationales.

11 D'un autre point de vue pertinent à la présente note, quasiment tous les arbitrages, même concernant des parties de nationalités différentes, ou les litiges concernant un objet international sont « nationaux » : Les parties peuvent choisir des règles procédurales d'arbitrage, par exemple de l'ICC ou de la CNUDCI, ou convenir de leurs propres règles *ad hoc*, mais leur autonomie est limitée de deux manières : en cas de choix de règles institutionnelles (par exemple, celles de l'ICC), ces règles déterminent également dans quelle mesure les parties peuvent les modifier. Pour le restant, l'opinion actuellement dominante est que le lieu de l'arbitrage, choisi par les parties, détermine la « nationalité » de l'arbitrage y compris le cadre juridique applicable (d'Etat) fixant les limites à l'autonomie des parties<sup>10</sup>. Les lois relatives à l'arbitrage de l'Etat de situation régissent la procédure lorsque les parties n'ont pas choisi de règles différentes ou si la loi de cet Etat de situation limite ou exclut l'autonomie des parties. Il n'y a que très peu d'exceptions à cette règle qui, en définitive, relie toute procédure d'arbitrage à la loi interne d'un Etat particulier. L'une de ces exceptions est la *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats* (CIRDI), qui a été élaborée sous les auspices de la Banque Mondiale. Le Centre International pour le Règlement des différends relatifs aux investissements (également souvent désigné « CIRDI ») a été constitué en vertu de cette Convention. Sa compétence recouvre les différends entre Etats contractants et investisseurs privés ressortissants d'autres Etats contractants (article 25

<sup>6</sup> Sur cette distinction et les détails correspondants, voir J.K. Schäfer, « Einführung in die internationale Schiedsgerichtsbarkeit », *Juristische Ausbildung* 2004, p. 153 (154).

<sup>7</sup> C'est la démarche adoptée par l'article 1(1) a) de la *Convention européenne (de Genève) sur l'arbitrage commercial international* du 21 avril 1961, 484 *Nations Unies – Recueil des Traités* 364.

<sup>8</sup> C'est la démarche adoptée par la Cour internationale d'arbitrage de l'ICC et, par exemple, par le droit national français ; voir J.K. Schäfer (*supra* note 6), p. 154.

<sup>9</sup> Disponible à l'adresse < [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org) >.

<sup>10</sup> C'est également la démarche suivie par l'article 1(2) de la *Loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*. Voir en outre J.K. Schäfer (*supra* note 6), p. 157.

CIRDI). Un autre exemple d'arbitrage « a-national » est le centre régional de Kuala Lumpur pour l'arbitrage (KLRC), établi par le Comité consultatif juridique afro-asiatique<sup>11</sup>.

12 Il n'est ni possible ni nécessaire d'examiner les lois en matière d'arbitrage de tous les Etats du monde dans cette note, notamment parce qu'elles ne font que fixer des limites à l'autonomie des parties pour la définition de leurs propres règles d'arbitrage. Le nombre de variantes semble donc presque illimité. La CIRDI apporte cependant des règles conventionnelles réellement internationales et autonomes concernant certaines procédures d'arbitrage, et un corpus important de sentences arbitrales a été publié – dont certaines sentences récentes traitant de la relation entre la compétence des tribunaux des Etats et la compétence des tribunaux d'arbitrage du CIRDI dans des affaires impliquant à la fois un accord d'élection de for et une convention d'arbitrage CIRDI. La CIRDI et ses rapports avec une future Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for seront donc examinés de manière plus détaillée dans la présente note. Une autre Convention méritant une attention pour des raisons différentes est la *Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* (ci-après la Convention de New York). La présente note examinera la probabilité d'un chevauchement, et si celui-ci pourrait entraîner un conflit de traités devant être résolu.

## **II. Chevauchement éventuel entre certaines Conventions particulières relatives à l'arbitrage et la future Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for**

### **A. Compétence et procédures parallèles**

#### **1. La Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats (Washington, 18 mars 1965)<sup>12</sup>**

##### **a) Observations liminaires**

13 En vertu de la *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats* (CIRDI), le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements a été établi. Il apporte des ressources pour l'arbitrage et la conciliation dans le cadre de différends entre Etats contractants et investisseurs privés ayant la nationalité d'autres Etats contractants. Il est rappelé que selon l'article 2(5) de l'avant-projet de Convention, un litige n'est pas exclu du champ d'application de la Convention au seul motif qu'un gouvernement, une agence gouvernementale ou toute autre personne agissant pour le compte d'un Etat y est partie. En conséquence, dès lors que le différend relatif à l'investissement est de nature civile ou commerciale, il y a chevauchement avec le champ d'application de la CIRDI.

14 Les articles essentiels de la CIRDI comprennent notamment les suivants :

« Article 25

(1) La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un Etat contractant (...) 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. »

<sup>11</sup> Voir Comité consultatif juridique afro-asiatique (dir.), *Report on the Seventeenth Session held in Kuala Lumpur, 1976*, p. 133 ; H. Arfazadeh, « *New Perspectives in South East Asia and Delocalised Arbitration in Kuala Lumpur* », *Journal of International Arbitration* 8 (1991), No 4, p. 103 et s. ; voir également J.K. Schäfer (*supra* note 6), p. 156 et s.

<sup>12</sup> Pour le texte de la CIRDI voir < [www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm](http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm) >.

Au 20 décembre 2004 il y avait 142 Etats contractants. Pour une liste des Etats contractants de la CIRDI avec les dates d'entrées en vigueur, voir < [www.worldbank.org/icsid/constate/c-states-en.htm](http://www.worldbank.org/icsid/constate/c-states-en.htm) > (à la date du 22 mai 2005). Pour les décisions et sentences en ligne voir < [www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm](http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm) >.

« Article 26

Le consentement des parties à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention est, sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours. Comme condition à son consentement à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, un Etat contractant peut exiger que les recours administratifs ou judiciaires internes soient épuisés. »

« Article 41

(1) Le Tribunal est juge de sa compétence.

(2) Tout déclinatoire de compétence soulevé par l'une des parties et fondé sur le motif que le différend n'est pas de la compétence du Centre ou, pour toute autre raison, de celle du Tribunal doit être examiné par le Tribunal qui décide s'il doit être traité comme question préalable ou si son examen doit être joint à celui des questions de fond. »

15 Dans les situations examinées dans la présente note, il existe normalement au moins trois accords distincts :

1. l'Etat d'origine de l'investisseur et l'Etat d'accueil sont parties à la Convention CIRDI ;
2. l'Etat d'origine de l'investisseur et l'Etat d'accueil concluent un traité bilatéral d'investissement (« TBI ») ;
3. l'investisseur et l'Etat d'accueil concluent un contrat d'investissement.

16 La CIRDI fournit un cadre pour l'arbitrage de différends concernant des investissements internationaux privés entre investisseurs privés et Etats d'accueil. A l'instar de quelques autres traités, tels que la Convention européenne des Droits de l'Homme, elle confère aux particuliers des droits qu'ils peuvent faire valoir en droit international public à l'encontre d'un Etat<sup>13</sup>. Cependant, la CIRDI elle-même *n'impose* pas aux Etats parties à la CIRDI de permettre le règlement de tels différends par voie d'arbitrage ; la constitution du Centre est une simple proposition à ceux (Etats d'accueil et investisseurs) qui souhaitent en faire usage. Le recours à l'arbitrage CIRDI est entièrement facultatif, et l'investisseur étranger est libre de renoncer au droit à l'arbitrage CIRDI, par exemple, en concluant un accord d'élection de for dans le contrat d'investissement<sup>14</sup>. Cependant, une fois que les parties ont consenti à l'arbitrage en vertu de la Convention de Washington, aucune d'elles ne peut retirer son consentement de manière unilatérale (article 25(1) CIRDI)<sup>15</sup>.

17 Un certain nombre de décisions rendues par des tribunaux d'arbitrage CIRDI ont récemment été publiées traitant de la coexistence de clauses compromissoires et d'accords d'élection de for. Les paragraphes suivants examineront tout d'abord les décisions CIRDI afin d'identifier dans quelles conditions les tribunaux CIRDI se déclarent compétents. Ensuite, on examinera quel serait l'impact des critères identifiés sur des instances engagées devant les tribunaux nationaux, et notamment en rapport avec la future Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for.

## **b) Compétence des tribunaux d'arbitrage CIRDI**

18 Pour qu'un tribunal CIRDI soit compétent, le consentement des parties au différend est requis (article 25(1) CIRDI). Bien que la Convention exige que ce consentement soit

<sup>13</sup> O. Spiermann, « *Individual Rights, State Interests and the Power to Waive ICSID Jurisdiction under Bilateral Investment Treaties* », *Arbitration International* 20 (2004), p. 179, p. 184 et *passim*.

<sup>14</sup> O. Spiermann (*supra* note 13), p. 207.

<sup>15</sup> Sur cette question voir C. Kehoe, « *Dispute resolution through ICSID* », *Herbert Smith arbitration*, juillet 2002, p. 6 et pour plus de détails, *infra* paras. 25 et s.

donné par écrit, cette exigence est interprétée de manière très large<sup>16</sup>. Il est admis que le consentement peut être donné de trois manières :

1. par un accord direct entre l'Etat d'accueil et l'investisseur (par exemple dans le contrat d'investissement) ;
2. par une disposition de la réglementation régissant l'investissement de l'Etat d'accueil acceptée par l'investisseur ; ou
3. par une offre présentée par l'Etat d'accueil dans un traité (par exemple un TBI) acceptée par la suite par un investisseur de l'autre Etat contractant.

19 Le consentement revêtait traditionnellement la forme d'une clause compromissoire dans un contrat d'investissement conclu entre les parties au différend<sup>17</sup>. De nos jours, cependant, la plupart des affaires soumises aux tribunaux CIRDI sont fondées sur des engagements unilatéraux des Etats d'accueil dans leur réglementation interne<sup>18</sup> ou plus couramment dans un TBI<sup>19</sup>. Un tel consentement anticipé de la part de gouvernements se retrouve dans une vingtaine de lois sur l'investissement et dans plus de 900 des 2000 TBI environ existants à ce jour<sup>20</sup>. L'arbitrage sous les auspices de la CIRDI est de même l'un des principaux mécanismes de règlement des différends relatifs aux investissements dans le cadre de quatre traités de commerce et d'investissement multilatéraux récents<sup>21</sup> : l'*Accord Nord-Américain de Libre Echange* (ALENA)<sup>22</sup>, le *Traité sur la charte de l'énergie*<sup>23</sup>, l'*Accord de libre-échange* de Cartagène<sup>24</sup> et le Protocole de Colonia sur l'investissement dans le Mercosur<sup>25</sup>.

20 Un engagement unilatéral de la part de l'Etat d'accueil dans sa réglementation interne ou dans un TBI conclu avec l'Etat d'origine des futurs investisseurs étrangers est réputé constituer une « offre permanente » de se soumettre à la compétence du CIRDI. Elle doit être acceptée par l'investisseur au moyen d'un acte marquant son consentement. Cela est couramment réalisé par la présentation par l'investisseur d'une demande d'arbitrage au CIRDI, qui sera généralement jugée suffisante pour constituer un « consentement donné par écrit »<sup>26</sup>.

<sup>16</sup> B.M. Cremades, « *Litigating Annulment Proceedings. The Vivendi Matter: Contract and Treaty Claims* », dans E. Gaillard & Y. Banifatemi (dir.), *Annulment of ICSID Awards*, 2004, p. 87 (88 et s.) ; *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. République Arabe d'Egypte*, Affaire CIRDI No ARB/84/3, décision sur la compétence du 27 novembre 1985 (ci-après *Southern Pacific Properties c. Egypte*), 16 *Yearbook of Commercial Arbitration* 16 (1991) (extraits), paras. 61 et s.

<sup>17</sup> J. Gill, M. Gearing & G. Birt, « *Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties. A Comparative Review of the SGS Cases* », *Journal of International Arbitration* 21 (2004), p. 397.

<sup>18</sup> Cela concerne les lois, par exemple, de l'Albanie (voir *Tradex Hellas S.A. c. République d'Albanie*, Affaire CIRDI No ARB 94/2, décision sur la compétence du 24 décembre 1996, 14 *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, disponible à < [Hwww.worldbank.org/icsid/cases/tradex\\_decision.pdf](http://www.worldbank.org/icsid/cases/tradex_decision.pdf) >, p. 194 et s.), de l'Egypte (voir *Southern Pacific Properties c. Egypte*, *supra* note 16, paras. 61 et s. ; voir en outre sur cette affaire C. Kehoe (*supra* note 15) p. 8), et du Kazakhstan (S.A. Alexandrov, « *Breaches of Contract and Breaches of Treaty. The Jurisdiction of Treaty-based Arbitration Tribunals to Decide Breach of Contract Claims in SGS v. Pakistan and SGS v. Philippines* », *The Journal of World Investment & Trade* 5 (2004), p. 555, avec des mentions supplémentaires p. 576). Le consentement par l'intermédiaire de la réglementation de l'Etat d'accueil se rencontre principalement parmi les pays en voie de développement dans une loi offrant des facilités aux investisseurs. Voir en outre S.A. Alexandrov (*ibid.*), p. 575.

<sup>19</sup> C. Schreuer, « *Travelling the BIT Route - of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road* », *The Journal of World Investment & Trade* 5 (2004), p. 231 (231).

<sup>20</sup> C. Kehoe (*supra* note 15), p. 8 ; O. Spiermann (*supra* note 13), p. 179.

<sup>21</sup> C. Kehoe (*supra* note 15), p. 8.

<sup>22</sup> *Accord de libre-échange nord-américain* entre le Canada, le Mexique et les Etats-Unis d'Amérique ; signé le 17 décembre 1992, entré en vigueur le 1er janvier 1994. Disponible à l'adresse < [Hwww.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/index\\_e.aspx?CategoryId=42H](http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/index_e.aspx?CategoryId=42H) >.

<sup>23</sup> JO No L 380 du 31 décembre 1994, p. 24.

<sup>24</sup> *Accord de libre-échange* entre la Colombie, le Mexique et le Venezuela du 13 juin 1994, version espagnole disponible à l'adresse < <http://comunidad.vlex.com/pantín/q3.html> >.

<sup>25</sup> *Protocole de Colonia pour la promotion et la protection réciproques des investissements au sein du Mercosur*, signé le 17 janvier 1994, version originale espagnole disponible à l'adresse < [Hwww.mercosur.org.uy/espanol/snor/normativa/decisiones/DEC1193.HTMH](http://www.mercosur.org.uy/espanol/snor/normativa/decisiones/DEC1193.HTMH) > ; traduction anglaise disponible à l'adresse < [Hwww.cvm.gov.br/ingl/inter/mercosul/coloni-e.asp](http://www.cvm.gov.br/ingl/inter/mercosul/coloni-e.asp) >.

<sup>26</sup> C. Schreuer (*supra* note 19), p. 231 ; C. Kehoe (*supra* note 15), p. 8 ; B.M. Cremades (*supra* note 16), p. 89.

21 Le point commun entre les affaires examinées ici est que l'accord sur l'arbitrage CIRDI figurait dans un TBI conclu entre l'Etat d'accueil et l'Etat d'origine de l'investisseur étranger, et l'accord d'élection de for<sup>27</sup> figurait dans le contrat d'investissement concerné conclu entre l'investisseur étranger et l'Etat d'accueil. L'investisseur étranger avait recours à l'arbitrage CIRDI et l'Etat d'accueil défendeur invoquait l'accord d'élection de for désignant ses propres tribunaux. Les tribunaux d'arbitrage CIRDI devaient donc examiner s'ils étaient compétents en dépit de l'accord d'élection de for.

22 Comme le font apparaître ces décisions, cela dépend d'abord et avant tout de l'interprétation de la convention d'arbitrage CIRDI et de l'interprétation de l'accord d'élection de for. Lorsque l'accord d'arbitrage résulte d'un TBI, il n'y a pas de solution uniforme. La portée des clauses de compétence des TBI est variable. A un bout de la gamme se tiendra une clause attributive de compétence étroite ne prévoyant que le règlement de différends relatifs à des obligations en vertu du TBI – en d'autres termes, les différends fondés sur des réclamations résultant d'infractions au traité. A l'autre extrémité se tiendra une attribution de compétence assez large sous la forme d'une clause prévoyant le règlement de « tout différend survenant entre une Partie contractante et l'investisseur »<sup>28</sup>. La jurisprudence récente des tribunaux CIRDI a apporté des indications pour quelques catégories<sup>29</sup> :

### aa) Epuisement des voies de recours internes

23 Le TBI lui-même prévoit parfois des instructions claires en ce qu'il impose à l'investisseur d'épuiser les voies de recours internes (c'est-à-dire les procédures devant les tribunaux de l'Etat d'accueil) avant de permettre le recours à l'arbitrage CIRDI<sup>30</sup>. En ce cas, il n'y a aucun risque de concours d'instances devant les tribunaux et les tribunaux d'arbitrage CIRDI. Bien au contraire – la procédure judiciaire est une condition préalable à l'arbitrage. Cela peut s'expliquer par le fait que le droit à l'arbitrage CIRDI, conféré à un particulier par la Convention CIRDI, est d'une nature semblable à la protection diplomatique. C'est un droit à la fois pour le particulier et pour son Etat d'origine en droit public international<sup>31</sup>. Pour que l'Etat d'origine accorde une protection diplomatique à l'un de ses ressortissants à l'encontre d'un Etat étranger, le droit public international exige que le particulier épuise d'abord les voies de recours internes devant les juridictions de l'Etat prétendument en infraction, accordant ainsi à cet Etat la possibilité de régler le problème par ses propres moyens. Ce n'est que si les voies de recours internes échouent que l'Etat encourt une responsabilité au niveau international. Le recours à l'arbitrage CIRDI peut être influencé par ce raisonnement : l'Etat d'accueil, en se soumettant à l'arbitrage CIRDI (avec ou sans épuisement des voies de recours internes à titre de condition préalable), accepte la possibilité d'encourir une responsabilité envers un particulier en droit public international, et l'Etat d'origine du particulier (ainsi que le particulier en engageant la procédure d'arbitrage CIRDI) renonce à l'exercice de la protection diplomatique résultant du droit public international général. Celle-ci est remplacée par la procédure CIRDI expressément convenue (voir article 27 de la CIRDI)<sup>32</sup>, selon des conditions à définir entre les trois parties concernées (l'Etat d'accueil, l'Etat d'origine de l'investisseur et l'investisseur).

<sup>27</sup> Dans *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. République Islamique du Pakistan*, Affaire CIRDI No ARB/01/13, décision du Tribunal sur le déclinatoire de compétence du 6 août 2003, 18 *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 301 (2003) (ci-après *SGS c. Pakistan*), le concours ne concernait pas une clause compromissoire en faveur du CIRDI et un accord d'élection de for désignant les tribunaux de l'Etat d'accueil, mais une clause compromissoire en faveur du CIRDI et une autre clause compromissoire en faveur d'un arbitrage national au Pakistan. Voir également note liminaire de S.A. Alexandrov, 42 *ILM* 1285 (2003).

<sup>28</sup> Pour un examen d'ensemble voir S.A. Alexandrov (*supra* note 18), p. 573 ; C. Schreuer (*supra* note 19), p. 232.

<sup>29</sup> Il faut cependant garder à l'esprit que les décisions des tribunaux CIRDI ne lient pas les tribunaux CIRDI futurs à titre de jurisprudence obligatoire.

<sup>30</sup> Voir article 26, deuxième phrase, CIRDI : « Comme condition à son consentement à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, un Etat contractant peut exiger que les recours administratifs ou judiciaires internes soient épuisés. » Sur cette question voir en outre C. Schreuer (*supra* note 19), p. 231 ; B.M. Cremades (*supra* note 16) p. 89 ; L. Reed, J. Paulsson & N. Blackaby, *Guide to ICSID Arbitration*, La Haye / Londres / New York, 2004, p. 57 et s.

<sup>31</sup> O. Spiermann (*supra* note 13), p. 181.

<sup>32</sup> L. Reed, J. Paulsson & N. Blackaby (*supra* note 30), p. 109.

24 En rapport avec la future Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for, on peut dire que lorsque l'épuisement des recours devant les tribunaux de l'Etat d'accueil est nécessaire avant que l'arbitrage CIRDI ne puisse être demandé, il ne peut survenir de procédures parallèles devant les tribunaux CIRDI et les tribunaux de l'Etat d'accueil.

### bb) Clause de bifurcation

25 Outre la clause imposant l'épuisement des voies de recours internes dans l'Etat d'accueil, autorisée par l'article 26 CIRDI et figurant de nos jours principalement dans les TBI plus anciens<sup>33</sup>, il existe d'autres clauses-types dans les TBI facilitant au tribunal d'arbitrage la détermination de sa compétence en dépit de l'existence d'un accord d'élection de for dans le contrat d'investissement. Certains TBI n'accordent l'accès à l'arbitrage international que si aucune décision n'a été rendue en première instance par les juridictions internes de l'Etat d'accueil<sup>34</sup>. Une autre clause-type est la clause dite de « bifurcation ». Elle signifie qu'il est bien possible que les parties insèrent plusieurs possibilités de règlement des litiges dans les divers niveaux de relations contractuelles et conventionnelles créant pour elles des droits et des obligations. Cependant, dès que l'une des parties effectue un choix entre ces possibilités et engage une procédure dans l'un des fors possibles (juridictions nationales, arbitrage national ou arbitrage CIRDI, par exemple), il s'agit d'un « point de non-retour » et toutes les autres possibilités sont caduques pour les deux parties<sup>35</sup>. L'article 8(2) du TBI franco-argentin<sup>36</sup> en fournit un exemple :

« Une fois qu'un investisseur a soumis le différend soit aux juridictions de la Partie contractante concernée soit à l'arbitrage international, le choix de l'une ou l'autre de ces procédures reste définitif. »

26 Alors que dans le cas de « l'exigence de l'épuisement des voies de recours internes », les procédures concurrentes sont logiquement exclues mais des procédures consécutives requises, nous avons ici une stricte alternative. De sorte que les procédures parallèles ne devraient pas survenir ici non plus. Les clauses de cette nature sont un élément courant des TBI récents, notamment ceux des Etats-Unis<sup>37</sup>. Selon la clause de bifurcation, la perte d'accès à l'arbitrage international s'applique si le même différend entre les mêmes parties est soumis aux tribunaux judiciaires ou administratifs internes de l'Etat d'accueil. Schreuer, l'un des principaux commentateurs de la CIRDI, fait remarquer qu'une simple comparution devant une juridiction de l'Etat d'accueil ne constitue pas un choix au sens d'une disposition de bifurcation. Si de tels litiges peuvent avoir trait d'une certaine manière à l'investissement, ils ne sont cependant pas nécessairement identiques au « différend » visé dans la disposition du TBI sur le règlement des différends entre Etat et investisseur<sup>38</sup>. Les tribunaux CIRDI ont parfois constaté que les parties aux différends envisagés respectivement par l'accord d'élection de for et par la convention d'arbitrage étaient

<sup>33</sup> C. Schreuer (*supra* note 19), p. 239.

<sup>34</sup> Voir C. Schreuer (*supra* note 19), p. 239 avec des exemples en note 47 ; L. Reed, J. Paulsson & N. Blackaby (*supra* note 30), p. 58 et s.

<sup>35</sup> Cette démarche a été appliquée entre autres dans *Lanco International, Inc. c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI No ARB/97/6, décision préalable sur la compétence, 8 décembre 1998, 40 *ILM* 457 (2001) et note liminaire de S.A. Alexandrov, *ibid.*, p. 454 et s. (ci-après *Lanco c. Argentine*), para. 31. Voir également *Emilio Augustín Maffezini c. Le Royaume d'Espagne*, décision sur la compétence, 25 janvier 2000, 16 *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 212 (2001), disponible à l'adresse < [Hwww.worldbank.org/icsid/cases/emilio\\_DecisiononJurisdiction.pdf](http://www.worldbank.org/icsid/cases/emilio_DecisiononJurisdiction.pdf) >, para. 63. Voir en détail pour la « bifurcation » C. Schreuer (*supra* note 19), p. 239-249.

<sup>36</sup> Disponible à l'adresse < [Hhttp://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnTexteDeJorf?numjo=MAEJ9330021DH](http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnTexteDeJorf?numjo=MAEJ9330021DH) >.

<sup>37</sup> C. Schreuer (*supra* note 19), p. 240.

<sup>38</sup> C. Schreuer (*supra* note 19), p. 241, 245, 247.

différentes<sup>39</sup>, ou que l'objet était différent<sup>40</sup>. En pratique, le contentieux devant les tribunaux internes semble se produire le plus couramment entre des organismes dépendant de la société investisseur et / ou de l'Etat d'accueil au sujet de questions résultant du contrat d'investissement ou qui lui sont seulement connexes, alors que l'arbitrage CIRDI se produit entre l'investisseur étranger partie à un contrat d'investissement et l'Etat d'accueil lui-même.

27 Schreuer résume les conditions d'une constatation selon laquelle l'investisseur a exercé la faculté résultant de la clause de bifurcation en faveur des tribunaux judiciaires ou administratifs de l'Etat d'accueil et il n'existe donc pas d'accès à l'arbitrage international, de la manière suivante<sup>41</sup> :

« 1. La procédure interne doit avoir été engagée avant le choix de l'arbitrage international. Normalement, la date décisive sera la date d'engagement de la procédure d'arbitrage. Si à cette date l'investisseur a soumis le différend à une juridiction interne, la disposition s'appliquera. Si à cette date, l'investisseur ne l'a pas fait, la disposition de bifurcation ne produira pas ses effets à l'encontre de l'arbitrage.

2. Le différend devant les tribunaux judiciaires ou administratifs internes doit être identique au différend relevant de la procédure internationale. Si la demande présentée au tribunal d'arbitrage international fait valoir une violation du TBI, le différend soumis aux tribunaux judiciaires ou administratifs internes devra également concerner une violation alléguée à un droit conféré ou créé par le TBI. Si le différend devant les juridictions internes concerne une demande différente, telle qu'une demande contractuelle ou la contestation de la décision d'un organe réglementaire, la disposition de bifurcation ne s'appliquera donc pas et le tribunal d'arbitrage sera libre de poursuivre. Des complications pourront survenir dans des affaires où des demandes de plusieurs types sont présentées au tribunal d'arbitrage – par exemple, des demandes relevant du TBI et des demandes contractuelles – et que seules les demandes contractuelles sont pendantes devant les tribunaux internes.

3. Les parties à la procédure interne doivent être identiques aux parties à la procédure internationale. L'Etat d'accueil mis en cause dans la procédure d'arbitrage international doit être le défendeur dans la procédure nationale. L'investisseur étranger recherchant l'arbitrage doit être la partie ayant soumis le différend aux tribunaux judiciaires ou administratifs de l'Etat d'accueil. »

28 Il en résulte que lorsque l'instrument conférant la compétence à un tribunal d'arbitrage CIRDI comporte une clause de bifurcation, ce tribunal d'arbitrage refusera d'exercer sa compétence si les mêmes parties ont déjà soumis le même différend au tribunal élu. Ainsi, en relation avec la future Convention de La Haye sur les accords exclusifs

<sup>39</sup> Ce fut le cas par exemple dans *Azurix Corp. c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI No ARB/01/12, décision sur la compétence, 8 décembre 2003 (ci-après *Azurix c. Argentine*) disponible à l'adresse < [Hwww.asil.org/ilib/azurix.pdfH](http://www.asil.org/ilib/azurix.pdfH) >, para. 90, et dans *Compañía de Aguas del Aconquija SA et Compagnie Générale des Eaux c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI No ARB/97/3, sentence, 21 novembre 2000, 40 *ILM* 426 (2001) (ci-après *Compañía de Aguas c. Argentine*, sentence). Cette partie de la sentence a été confirmée par le Comité *ad hoc* au stade de l'appel (voir *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal (anciennement Compagnie Générale des Eaux) c. République d'Argentine*, décision sur l'annulation, 3 juillet 2002, 41 *ILM* 1135 (2002) ; ci-après *Vivendi c. Argentine*, décision sur l'annulation, paras. 79 et s.).

<sup>40</sup> Il en a été jugé ainsi dans *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. et A.S. Baltoil c. République d'Estonie*, Affaire CIRDI No ARB/99/2, sentence, 25 juin 2001, 17 *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 395 (2002), disponible à l'adresse < [Hwww.worldbank.org/icsid/cases/genin.pdfH](http://www.worldbank.org/icsid/cases/genin.pdfH) >, paras. 331 et s., et dans *Middle East Cement Shipping and Handling Co. c. République Arabe d'Egypte*, Affaire CIRDI No ARB/99/6, sentence, 12 avril 2002, disponible à l'adresse < [Hwww.worldbank.org/icsid/cases/me\\_cement-award.pdfH](http://www.worldbank.org/icsid/cases/me_cement-award.pdfH) >, para. 71. Les parties ainsi que l'objet du différend ont été jugés différents dans *CMS Gas Transmission Company c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI No ARB/01/8, décision sur la compétence, 17 juillet 2003, 42 *ILM* 788 (2003), para. 80 ; *Enron Corp. et Ponderosa Assets, L.P. c. Argentine*, Affaire CIRDI No ARB/01/3, décision sur la compétence, 14 janvier 2004, disponible à l'adresse < [Hwww.asil.org/ilib/Enron.pdfH](http://www.asil.org/ilib/Enron.pdfH) > paras. 96 et s.

<sup>41</sup> C. Schreuer (*supra* note 19), p. 248.

d'élection de for, on peut dire que dans de telles affaires, il ne devrait pas survenir de procédures parallèles devant les tribunaux CIRDI et les tribunaux de l'Etat d'accueil.

### cc) TBI dépourvus de clauses particulières

29 En l'absence de l'une des clauses susvisées, la question se pose de savoir si l'élection de for et le choix de l'arbitrage CIRDI ont vocation à être alternatifs, cumulatifs, ou liés par une autre relation. Est-il probable qu'un tribunal d'arbitrage CIRDI et les tribunaux nationaux seront saisis à la fois, et se déclareront à la fois compétents en interprétant les clauses<sup>42</sup> ? Comment les tribunaux nationaux et les tribunaux d'arbitrage devraient-ils traiter cette question ?

30 Il faut avoir à l'esprit que la première phrase de l'article 26 de la Convention CIRDI, qui dispose que « Le consentement des parties à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention est, sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours », est une règle d'interprétation et non une règle obligatoire<sup>43</sup>. En outre, lorsque l'accord d'élection de for n'a pas été expressément rendu exclusif, les tribunaux d'arbitrage CIRDI ont jugé que l'article 26 ne dispose pas que ce dont il peut être convenu par ailleurs, par exemple dans un accord d'élection de for, exclut l'arbitrage CIRDI. En pareil cas, les recours résultant de la Convention CIRDI ne sont pas exclusifs, mais ceux expressément convenus ne le sont pas non plus – une fois de plus du point de vue de la CIRDI<sup>44</sup>. Cette interprétation pourrait entrer en conflit avec la présomption d'exclusivité de l'accord d'élection de for figurant dans la future Convention de La Haye. Il doit être gardé à l'esprit que la définition d'un accord « exclusif » d'élection de for en vertu de l'avant-projet de Convention de La Haye est différente. Elle ne contient pas de références à l'arbitrage ; l'élément important étant qu'elle implique le choix d'un ou plusieurs tribunaux, à l'exclusion de tout autre tribunal **national**. Le simple fait qu'un accord d'élection de for en vertu de la Convention de La Haye soit exclusif ne signifie rien quant à sa relation avec une éventuelle convention d'arbitrage. Un examen plus détaillé de la possibilité de procédures parallèles est donc nécessaire.

31 Dans la première décision concernant les rapports entre une élection de for et un choix d'arbitrage, le tribunal d'arbitrage CIRDI a semblé supposer que l'offre continue de l'Etat d'accueil figurant dans un TBI pour l'arbitrage en vertu de la CIRDI primerait, une fois acceptée par l'investisseur au moyen de l'ouverture d'une procédure d'arbitrage, sur un accord d'élection de for figurant dans un contrat d'investissement, entre autres parce qu'elle constitue (du fait de l'acceptation par l'investisseur, exprimée au moyen de l'engagement de l'arbitrage CIRDI) l'accord plus récent par rapport au contrat d'investissement<sup>45</sup>. Des décisions ultérieures ont toutefois précisé que ce n'est pas si simple.

<sup>42</sup> Cela s'est effectivement produit dans *SGS c. Pakistan* (*supra* note 27), mais il résulte de la jurisprudence publiée que cela semble constituer une exception unique. Le tribunal d'arbitrage CIRDI s'est déclaré compétent à l'égard de réclamations résultant d'infractions au traité (mais pas de réclamations résultant de fautes contractuelles, voir *SGS c. Pakistan*, *supra* note 27, paras. 186 et s.) sur le fondement du TBI en dépit non seulement d'un accord d'élection de for contractuel mais également d'une procédure d'arbitrage nationale en cours au Pakistan. A l'appui de cet arbitrage pakistanais, la Cour Suprême du Pakistan avait même délivré une ordonnance interdisant à SGS de poursuivre sa participation à l'arbitrage CIRDI, et ordonné le début de l'arbitrage interne. Le tribunal d'arbitrage CIRDI a recommandé un sursis à statuer dans l'arbitrage contractuel « jusqu'à ce que ce tribunal d'arbitrage rende une éventuelle sentence déclinant l'exercice de sa compétence sur le différend en cours, et que cette sentence ne soit plus susceptible d'être interprétée, révisée ou annulée en application de la Convention CIRDI » (*SGS c. Pakistan*, Ordonnance de procédure No 2 du 16 octobre 2002, 18 *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 293 (2003), 305). Par la suite, dans sa décision en matière de compétence, le tribunal d'arbitrage a retiré sa recommandation d'un sursis à l'arbitrage national mais par la même occasion a refusé une demande de sursis à sa propre procédure jusqu'au règlement des demandes contractuelles dans le cadre de la procédure d'arbitrage nationale (*SGS c. Pakistan*, *supra* note 27, paras. 186 et s.). Voir également les observations sur cette affaire de S.A. Alexandrov (*supra* note 18), p. 556 et s.

<sup>43</sup> *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. République des Philippines* (ci-après *SGS c. Philippines*), Affaire CIRDI No ARB/02/6, décision du Tribunal sur le déclinatoire de compétence, 29 janvier 2004, disponible à l'adresse < [www.worldbank.org/icsid/cases/SGSvPhil-final.pdf](http://www.worldbank.org/icsid/cases/SGSvPhil-final.pdf) >, para. 146 ; O. Spiermann (*supra* note 13), p. 199.

<sup>44</sup> *Siemens A.G. c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI No ARB/02/8, décision sur la compétence, 3 août 2004 (ci-après *Siemens c. Argentine*), 44 *ILM* 138 (2005), para. 181.

<sup>45</sup> Voir *Lanco c. Argentine* (*supra* note 35).

32 Comme l'indiquent les affaires examinées ci-dessous, le présupposé de base est qu'un tribunal d'arbitrage CIRDI est toujours compétent à l'égard d'une violation alléguée des dispositions matérielles d'un TBI (une demande conventionnelle). Un critère de premier abord est appliqué. Si, dans l'hypothèse où les allégations du demandeur sont exactes, cela revient à une violation du traité, cette condition de compétence est remplie<sup>46</sup>. Par contre, un accord d'élection de for en faveur des tribunaux internes est normalement interprété comme ne conférant pas aux tribunaux internes de compétence à l'égard des demandes conventionnelles<sup>47</sup>. Dans plusieurs affaires concernant des TBI dépourvus de clauses particulières (par exemple, épuisement des voies de recours internes, bifurcation ou autres clauses restant à discuter), les tribunaux d'arbitrage CIRDI ont donc jugé que les demandes conventionnelles en vertu du droit public international, nées du TBI, sont réputées relever de la clause compromissoire CIRDI, alors que les demandes contractuelles nées du contrat privé d'investissement sont réputées relever de l'accord d'élection de for qui y figure<sup>48</sup>. Le plus probable est que les demandes conventionnelles, définies par les tribunaux d'arbitrage CIRDI comme étant régies par le droit public international, ne relèveront pas du champ d'application de la future Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for car elles ne sont pas de nature « civile ou commerciale ». En ce qui concerne les demandes conventionnelles, il ne devrait pas y avoir de conflit entre l'arbitrage CIRDI et les instances régies par la future Convention de La Haye.

#### dd) Clauses-parapluie

33 Certains TBI contiennent une « clause-parapluie » qui « élève » tout ou partie des manquements au contrat privé d'investissement au statut de manquement au TBI, c'est-à-dire de manquement à un traité en vertu du droit public international<sup>49</sup>. Dans le TBI, l'Etat d'accueil se soumet à une obligation d'observer toutes ses obligations résultant de contrats d'investissement, et une violation du contrat avec l'investisseur étranger revient donc également à une violation de cette clause du TBI<sup>50</sup>. La distinction à tirer entre les infractions contractuelles qui atteignent le niveau de manquements au traité et celles qui ne l'atteignent pas dépend des circonstances de l'espèce et de la formulation des textes en cause<sup>51</sup>. Il existe également un avis selon lequel chaque violation par l'Etat d'un contrat avec un étranger met en cause la responsabilité internationale de l'Etat<sup>52</sup>, mais cette

<sup>46</sup> *Siemens c. Argentine* (*supra* note 44), para. 180.

<sup>47</sup> O. Spiermann (*supra* note 13), p. 210 et s.

<sup>48</sup> Voir par exemple *Compañía de Aguas c. Argentine*, sentence (*supra* note 39), para. 53, avec résumé de B.A. Maric, *ibid.* p. 425 ; et les observations de B.M. Cremades (*supra* note 16), p. 90 et s. ; *SGS c. Pakistan* (*supra* note 27), paras. 186 et s.

<sup>49</sup> C. Schreuer (*supra* note 19), p. 249 et s. ; S.A. Alexandrov (*supra* note 18), p. 556. J. Gill, M. Gearing & G. Birt (*supra* note 17), p. 403, note 31, indiquent que dans un échantillon de TBI tiré de la publication *Investment Treaties* (CIRDI éd. 2003), 94 sur 236 (environ 40%) comportaient des clauses-parapluie. D'autres termes ont également été utilisés pour les décrire, dont clauses-ascenseur et clauses d'effets mineurs.

<sup>50</sup> Dans l'affaire *Compañía de Aguas c. Argentine*, sentence (*supra* note 39), au stade de la compétence le tribunal d'arbitrage a jugé que sa compétence était limitée aux infractions aux obligations conventionnelles. Par la suite, lors de l'examen au fond, le tribunal a jugé que la preuve des demandes conventionnelles à l'encontre de l'Argentine dépendait presque entièrement de la question de savoir si la province de Tucumán avait respecté ses obligations contractuelles envers l'investisseur. Du fait que l'investisseur et la province de Tucumán, dans leur contrat d'investissement, étaient convenus de la compétence des tribunaux administratifs de cette province pour les différends contractuels, le tribunal d'arbitrage s'est jugé contraint de ne pas trancher les demandes conventionnelles. Il a indiqué que l'investisseur avait le devoir de faire valoir ces demandes d'abord devant les tribunaux administratifs, comme convenu. Ce n'est que si cette démarche ne lui rendait pas justice qu'il pourrait avoir recours à l'arbitrage CIRDI à l'encontre de l'Argentine. Le tribunal d'arbitrage a distingué cette situation d'une exigence d'épuisement des recours locaux et a attribué l'obligation à la seule élection de for convenue (*ibid.* paras. 77 et s.).

Cette partie de la décision a été annulée par un Comité *ad hoc*. Un tel Comité peut annuler la sentence pour l'un des motifs énumérés dans l'article 52(1) CIRDI. Ici, pour tenter une application des termes de l'avant-projet de Convention sur les accords exclusifs d'élection de for, le Comité *ad hoc* a jugé que la demande contractuelle était soulevée à titre incident dans la procédure d'arbitrage concernant la demande conventionnelle et pouvait donc être tranchée à titre incident, à titre d'étape nécessaire sur la voie du règlement de la demande conventionnelle, bien que la compétence pour décider de la demande contractuelle par elle-même appartienne aux tribunaux de l'Etat d'accueil en vertu de l'accord d'élection de for (*Vivendi c. Argentine*, décision sur l'annulation (*supra* note 39), paras. 102 et s.). Pour une définition encore plus claire de la clause-parapluie, voir *SGS c. Philippines* (*supra* note 43), paras. 121 et s.

<sup>51</sup> S.A. Alexandrov (*supra* note 18), p. 565.

<sup>52</sup> Pour une vue d'ensemble de la doctrine défendant cette démarche « maximaliste », voir P. Weill, « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier », 128 *Recueil des Cours* 95, 1969, 134-137. Weill

position n'est pas généralement celle adoptée par les tribunaux d'arbitrage CIRDI. Cependant, la clause-parapluie tend à limiter l'écart entre les manquements au contrat et au traité et vise à faire plus que ce qui constitue déjà la norme selon le droit public international habituel<sup>53</sup>. La question est donc de savoir si, dans les affaires où une demande pourrait être qualifiée de fondée à la fois sur le contrat d'investissement et sur un traité (le TBI), il pourrait exister des procédures parallèles devant les tribunaux nationaux et un tribunal d'arbitrage CIRDI entraînant un conflit entre la future Convention de La Haye et la CIRDI.

34 Dans l'affaire *SGS c. Pakistan*, le Tribunal était confronté à un contrat d'investissement conclu en 1995 entre SGS, un investisseur suisse, et le Pakistan, et qui comportait une clause en faveur de l'arbitrage national au Pakistan. Le TBI entre la Suisse et le Pakistan, entré en vigueur le 6 mai 1996, soit après la conclusion du contrat d'investissement, comportait une clause en faveur de l'arbitrage CIRDI et une clause qui, selon SGS, élevait toutes les violations du contrat d'investissement au rang de violation du TBI. Le Tribunal n'a pas suivi ce raisonnement. Il a considéré que sa compétence se limitait aux demandes conventionnelles fondées sur une violation d'une disposition matérielle du TBI, qu'elles soient ou non fondées sur les mêmes faits qu'une demande contractuelle<sup>54</sup>. Le Tribunal a en outre indiqué que la clause-parapluie n'était pas d'une formulation suffisamment claire pour « élever » toutes les demandes contractuelles au niveau de demandes conventionnelles. Les motifs indiqués étaient fondés sur la « *judicial self-restraint* » et la préoccupation de politique de ne pas affaiblir l'élection de for effectuée par les parties au contrat d'investissement<sup>55</sup>. La décision a été largement critiquée en doctrine, non pas tant pour son objectif et l'effet qu'elle visait mais pour l'interprétation étroite donnée de la clause-parapluie, qui a été considérée comme contraire à ses termes et son intention<sup>56</sup>.

35 Les tribunaux d'arbitrage CIRDI recherchent normalement une cohérence avec les décisions de tribunaux d'arbitrage CIRDI antérieurs<sup>57</sup>, bien que celles-ci ne lient pas à titre de jurisprudence obligatoire ; mais six mois seulement après *SGS c. Pakistan*, un autre Tribunal d'arbitrage CIRDI, dans une affaire presque identique, l'affaire *SGS c. Philippines*, est parvenu à une conclusion inverse au sujet de la clause-parapluie<sup>58</sup>, et donc de sa propre compétence à l'égard de demandes conventionnelles résultant de demandes contractuelles<sup>59</sup>, tout en trouvant un moyen différent de respecter l'accord d'élection de for. Le Tribunal s'est déclaré compétent à l'égard de la violation alléguée des engagements contractuels qui, du fait de la clause-parapluie, constituait également une violation des obligations résultant du traité. Toutefois, le Tribunal a indiqué que la clause-parapluie ne faisait pas de « la question de combien d'argent les Philippines doivent payer (...) une question conventionnelle. L'étendue de l'obligation reste régie par le contrat, et elle ne peut être déterminée que par référence aux termes du contrat »<sup>60</sup>. *SGS c. Philippines* est devenue la première affaire dans laquelle un accord d'élection de for a expressément reçu application en relation avec la compétence du CIRDI<sup>61</sup> : le Tribunal a jugé que les demandes contractuelles étaient irrecevables devant lui du fait de l'existence de l'accord d'élection de for en faveur de deux tribunaux particuliers des Philippines dans le contrat d'investissement. Il a sursis<sup>62</sup> à sa procédure en attendant le règlement de la demande

---

semble toutefois ne pas partager cette opinion et indique que la jurisprudence ne la suit normalement pas non plus (*ibid.*, p. 137).

<sup>53</sup> S.A. Alexandrov (*supra* note 18), p. 566.

<sup>54</sup> *SGS c. Pakistan* (*supra* note 27), paras. 186 et s.

<sup>55</sup> Voir *SGS c. Pakistan* (*supra* note 27), para. 168 ; J. Gill, M. Gearing & G. Birt (*supra* note 17), p. 405.

<sup>56</sup> Voir par exemple S.A. Alexandrov (*supra* note 18), p. 570 ; C. Schreuer (*supra* note 19), p. 252 et s. ; J. Gill, M. Gearing & G. Birt (*supra* note 17), p. 405.

<sup>57</sup> Pour une discussion à cet égard voir *SGS c. Philippines* (*supra* note 43), para. 97 ; mais également C. Schreuer (*supra* note 19), p. 256, au sujet de la difficulté du développement d'une jurisprudence constante au moyen de tribunaux *ad hoc* de composition variable et en l'absence d'une règle de jurisprudence obligatoire.

<sup>58</sup> *SGS c. Philippines* (*supra* note 43), paras. 115, 121, 122, 125.

<sup>59</sup> *SGS c. Philippines* (*supra* note 43), paras. 136-155, 162-163.

<sup>60</sup> *SGS c. Philippines* (*supra* note 43), paras. 127 et s.

<sup>61</sup> O. Spiermann (*supra* note 13), p. 198.

<sup>62</sup> Dans cette affaire, le tribunal d'arbitrage s'est inspiré d'une décision du tribunal siégeant en vertu de l'Annexe VII à la *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer* (10 décembre 1982, 21 *ILM* 1261 (1982) = 1833 *Nations Unies – Recueil des Traités* 3). Ce tribunal a tranché le concours entre le tribunal de l'Annexe VII et

contractuelle (c'est-à-dire du montant dû par les Philippines à SGS) conformément aux procédures de règlement des différends contractuels<sup>63</sup> et a indiqué que « Le Tribunal ne peut accepter que les clauses-type de compétence des TBI priment automatiquement sur le choix obligatoire d'un for par les parties pour régler leurs demandes contractuelles »<sup>64</sup>.

36 Dans l'affaire *SGS c. Philippines*, le Tribunal a précisé que « la compétence résultant du traité n'est pas révoquée par contrat. La question est de savoir si une partie devrait être autorisée à se fonder sur un contrat comme base de sa demande alors que le contrat lui-même renvoie cette demande à un autre for de manière exclusive. Selon le Tribunal, la réponse est qu'elle ne devrait pas y être autorisée, en l'absence d'un juste motif, tel que la force majeure, interdisant au demandeur d'observer son contrat. Cet empêchement, fondé comme il l'est sur le principe qu'une partie à un contrat ne peut fonder une demande sur ce contrat sans l'observer elle-même, est plus naturellement considéré comme une question de recevabilité que de compétence »<sup>65</sup>.

37 Récemment, un autre tribunal d'arbitrage CIRDI a également fondé sa décision sur la distinction entre les demandes contractuelles et les demandes conventionnelles. Dans l'affaire *Joy Mining c. Egypte*, il a jugé qu'il était compétent à l'égard des demandes conventionnelles mais que toutes les demandes qui lui étaient soumises échappaient au TBI et à la Convention CIRDI parce qu'il n'y avait pas « d'investissement ». Le Tribunal a indiqué que « on ne peut considérer qu'une clause-parapluie insérée dans le Traité, et d'une manière peu remarquable, pourrait avoir pour effet de transformer tous les différends contractuels en différends relatifs aux investissements en vertu du Traité, sauf bien sûr dans le cas où il y aurait une violation manifeste des droits et obligations résultant du Traité ou une violation des droits contractuels d'une importance telle qu'elle déclenche la protection résultant du Traité, ce qui n'est pas le cas. Le rapport entre le Contrat et le Traité constitue le chaînon manquant qui interdit un tel effet. Il pourrait en être entièrement autrement dans d'autres cas où l'existence de ce chaînon est constatée, mais ce n'est certainement pas le cas ici »<sup>66</sup>. Le tribunal a ensuite indiqué qu'en l'absence d'un investissement et à la lumière du fait que toutes les demandes en cause avaient un fondement contractuel, « il est nécessaire de conclure qu'en l'absence de toute compétence CIRDI, seule reste la clause d'élection de for. Il n'est pas question ici de compétence CIRDI exclusive ou de concours de compétence ; encore moins pourrait-on adopter ici la solution de *SGS c. Philippines*, renvoyant les parties aux tribunaux locaux d'abord et suspendant la compétence CIRDI jusqu'à l'achèvement de cette première étape »<sup>67</sup>.

38 On peut donc dire que la crainte exprimée par certains auteurs<sup>68</sup> que la décision dans *SGS c. Philippines*, du fait de la large interprétation donnée à la clause-parapluie, pourrait modifier l'approche prudente prise par le Tribunal d'arbitrage dans l'affaire *SGS c. Pakistan* dans son respect de l'élection de for par les parties, était infondée. Dans l'affaire *SGS c. Philippines* et des décisions ultérieures impliquant des clauses-parapluie, les tribunaux d'arbitrage CIRDI ont rendu hommage à l'accord d'élection de for soit en suspendant la procédure d'arbitrage dans l'attente du règlement du différend contractuel par le tribunal élu, soit en déclinant leur propre compétence. De sorte que si les moyens de donner effet à des clauses de compétence exclusive sont différents, la préoccupation en tant que telle semble être partagée parmi les tribunaux CIRDI.

---

la compétence exclusive éventuelle de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) en sursoyant à sa procédure pendant la résolution de la question par la CJCE. *Usine MOX (Irlande c. Royaume-Uni)*, Cour Permanente d'Arbitrage, Ordonnance No 3, 42 *ILM* 1187 (2003), paras. 20-30 et p. 1199.

<sup>63</sup> *SGS c. Philippines* (*supra* note 43), paras. 136-155, 163, 169-177.

<sup>64</sup> *SGS c. Philippines* (*supra* note 43), paras. 134, 153.

<sup>65</sup> *SGS c. Philippines* (*supra* note 43), para. 154.

<sup>66</sup> *Joy Mining Machinery Limited c. République Arabe d'Egypte*, Affaire CIRDI NO ARB/03/11, sentence sur la compétence, 6 août 2004, 44 *ILM* 73 (2005) (ci-après *Joy Mining c. Egypte*), paras. 63, 75, 81 et s.

<sup>67</sup> *Joy Mining c. Egypte* (*supra* note 66), para. 89. Curieusement, après avoir rejeté la compétence CIRDI, le Tribunal est allé encore plus loin et a examiné la clause d'élection de for qui renvoyait le différend aux tribunaux internes mais prévoyait en outre un mécanisme d'arbitrage distinct en vertu des règles CNUDCI. Le Tribunal a jugé que les conditions de l'arbitrage CNUDCI étaient réunies, que la possibilité d'avoir recours aux tribunaux égyptiens était donc écartée et que le demandeur était « soumis à une obligation de respecter la clause d'élection de for du Contrat dans la mesure où le recours à la procédure CNUDCI a été convenu et de respecter les décisions au fond du tribunal d'arbitrage ainsi saisi de l'affaire » (*ibid.*, paras. 92, 97 et 99).

<sup>68</sup> J. Gill, M. Gearing & G. Birt (*supra* note 17), p. 412.

### ee) Clauses attribuant au CIRDI compétence à l'égard de « tout différend relatif aux investissements »

39 Il est accepté en principe que les tribunaux d'arbitrage CIRDI peuvent également être compétents à l'égard de demandes purement contractuelles, fondées sur un accord contractuel ou sur une clause du TBI à cet effet<sup>69</sup>. Certains TBI renvoient « tout différend relatif aux investissements » à l'arbitrage CIRDI, et cela est interprété comme recouvrant et les demandes conventionnelles et les demandes contractuelles<sup>70</sup>. Il sera donc intéressant d'examiner comment les tribunaux CIRDI, compétents au titre de cette clause à l'égard de toute demande relative à un investissement, qu'elle soit fondée sur le traité ou contractuelle, ont traité la présence d'un accord d'élection de for.

40 Le premier organisme à traiter explicitement cette question était un Comité dit *ad hoc*, organe d'appel constitué en vertu de l'article 52 de la Convention CIRDI, auquel il était demandé d'annuler la sentence rendue dans *Compañía de Aguas c. Argentine*<sup>71</sup> (au stade de l'appel, du fait d'une subrogation, couramment désignée *Vivendi c. Argentine*<sup>72</sup>). Si le TBI entre l'Argentine et la France ne comporte pas de clause-parapluie<sup>73</sup> élevant les manquements au contrat au rang de manquements au traité, il attribue cependant une compétence aux tribunaux CIRDI à l'égard de « tout différend relatif aux investissements », c'est-à-dire également pour les demandes ne faisant pas valoir des violations des dispositions matérielles du TBI mais uniquement des fautes contractuelles<sup>74</sup>. Il n'était donc pas nécessaire pour le Comité *ad hoc* de distinguer entre demandes contractuelles et conventionnelles car il était compétent pour les deux, tant qu'elles étaient relatives à un investissement. Il a néanmoins distingué les deux types de demande, jugé que les demandes en cause étaient (également) conventionnelles, et indiqué que l'existence d'une clause d'élection de for dans un contrat sous-jacent ne prive pas un tribunal d'arbitrage CIRDI de sa compétence à l'égard des demandes conventionnelles, y compris les demandes conventionnelles nées du contrat. Le Tribunal compétent à l'égard des demandes conventionnelles, qui étaient en fait des demandes contractuelles élevées au rang de violation du traité, avait le devoir de trancher la question préalable incidente de l'existence d'une infraction au contrat, afin de parvenir à sa décision sur l'existence d'une infraction au traité<sup>75</sup>.

41 Un auteur en a conclu qu'une fois des demandes conventionnelles présentées, les tribunaux d'arbitrage fondés sur le traité sont tenus d'en décider (à condition que toutes les autres conditions de la compétence soient remplies) et ne peuvent abdiquer cette responsabilité au motif que les demandes conventionnelles sont entrelacées ou inextricablement liées à des demandes contractuelles. Ni des clauses d'élection de for contractuelles ni des procédures parallèles devant des tribunaux nationaux ou arbitrages ne peuvent interdire à un tribunal d'arbitrage fondé sur un traité de remplir sa responsabilité de décider des demandes fondées sur des infractions au traité<sup>76</sup>. Cette conclusion est effectivement justifiée, mais uniquement pour les demandes *conventionnelles* (qui ne seraient probablement pas de nature civile ou commerciale, et de ce fait ne seraient pas couvertes par la Convention de La Haye). La question reste de savoir si un tribunal d'arbitrage CIRDI connaîtra de demandes purement contractuelles qui n'équivalent pas également à des infractions au traité si le contrat d'investissement contenait une clause exclusive d'élection de for.

42 En réponse à cette question, le Comité dans l'affaire *Vivendi* a mis au point le « critère de fondement essentiel ». Il a souligné que « Dans une affaire où le fondement essentiel d'une demande soumise à un tribunal international est une faute contractuelle, le tribunal

<sup>69</sup> *SGS c. Pakistan* (*supra* note 27), para. 161 ; J. Gill, M. Gearing & G. Birt (*supra* note 17), p. 398, 412 ; S.A. Alexandrov (*supra* note 18), p. 575 et s.

<sup>70</sup> Voir par exemple S.A. Alexandrov (*supra* note 18), p. 556 ; C. Schreuer (*supra* note 19), p. 249 et s.

<sup>71</sup> *Supra* note 39.

<sup>72</sup> *Vivendi c. Argentine*, décision sur l'annulation (*supra* note 39).

<sup>73</sup> J. Gill, M. Gearing & G. Birt (*supra* note 17), p. 402.

<sup>74</sup> C. Schreuer (*supra* note 19), p. 249.

<sup>75</sup> *Vivendi c. Argentine*, décision sur l'annulation (*supra* note 39), paras. 102, 111 ; voir également S.A. Alexandrov (*supra* note 18), p. 562, à l'appui de cette démarche avec d'autres références.

<sup>76</sup> S.A. Alexandrov (*supra* note 18), p. 564.

donnera effet à toute clause régulière d'élection de for dans le contrat »<sup>77</sup>. « Par contre, lorsque le « fondement essentiel de la demande » est un traité fixant une norme autonome par rapport à laquelle la conduite des parties doit être appréciée, l'existence d'une clause exclusive de compétence dans un contrat entre le demandeur et l'état défendeur ou l'une de ses collectivités ne peut empêcher l'application de la norme résultant du traité »<sup>78</sup>. Dans la même veine, un Tribunal d'arbitrage CIRDI a confirmé sa compétence à l'égard des demandes conventionnelles dans un différend né directement d'un investissement. Bien que né d'un contrat comportant une clause de compétence exclusive, le différend tel que l'a formulé le demandeur a été considéré comme un différend dans le cadre du traité. Le critère de premier abord selon lequel si les affirmations du demandeur étaient exactes, cela reviendrait à une violation du traité, était rempli<sup>79</sup>.

43 Il semble donc que dans le cas où une demande contractuelle relèverait à la fois de la clause d'élection de for et de la référence à l'arbitrage CIRDI dans un TBI de formulation étendue, le tribunal d'arbitrage CIRDI chercherait à établir si le « centre de gravité » du différend a un fondement de nature conventionnelle ou contractuelle, et n'exercerait sa compétence que dans le premier cas. On peut donc dire encore que les tribunaux d'arbitrage CIRDI cherchent à respecter les clauses de résolution des différends convenues antérieurement, du moins en ce qui concerne les demandes contractuelles<sup>80</sup>.

### c) Conclusion

44 Il semble que des procédures parallèles devant les tribunaux nationaux en vertu de la future Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for et les tribunaux d'arbitrage en vertu de la CIRDI ont assez peu de chances de survenir. Une application soigneuse du critère dit de « triple identité » en ce qui concerne les mêmes parties<sup>81</sup>, objet et cause d'action en justice<sup>82</sup> résoudra souvent la difficulté à un stade précoce, notamment parce que le contentieux devant les tribunaux internes implique souvent en qualité de défendeur non l'Etat d'accueil mais un organisme d'Etat, alors que les procédures CIRDI sont engagées à l'encontre de l'Etat d'accueil lui-même<sup>83</sup>. Mais même en cas d'identité des trois éléments entre les différends en cause, les clauses exigeant l'épuisement des voies de recours internes avant l'engagement d'un arbitrage CIRDI, ou rendant un choix entre les tribunaux nationaux et l'arbitrage définitif et irrévocable (bifurcation), réduisent encore le potentiel de procédures parallèles. Enfin, dans les affaires restantes, il semble que les tribunaux d'arbitrage CIRDI soient généralement réticents à accepter une compétence à l'égard de différends de nature purement contractuelle qui ne reviennent pas également à

<sup>77</sup> *Vivendi c. Argentine*, décision sur l'annulation (*supra* note 39), para. 98. Voir en outre au sujet de ce critère L. Reed, J. Paulsson & N. Blackaby (*supra* note 30), p. 59 et s.

<sup>78</sup> *Vivendi c. Argentine*, décision sur l'annulation (*supra* note 39), para. 101.

<sup>79</sup> *Siemens c. Argentine* (*supra* note 44), para. 180.

<sup>80</sup> *SGS c. Pakistan* (*supra* note 27), para. 161 ; J. Gill, M. Gearing & G. Birt (*supra* note 17), p. 411.

<sup>81</sup> Le fait que les parties à l'accord d'élection de for et à la procédure CIRDI n'étaient pas les mêmes a contribué, par exemple, à la décision du Tribunal d'arbitrage CIRDI de se déclarer compétent dans l'affaire *Salini Costruttori SpA et Italstrade SpA c. le Royaume du Maroc*, Affaire CIRDI No ARB/00/4, décision sur la compétence, 23 juillet 2001, 42 *ILM* 609 (2003) (ci-après *Salini c. Maroc*), paras. 30 et s.

<sup>82</sup> Voir *Joy Mining c. Egypte* (*supra* note 66), paras. 74 et s.

<sup>83</sup> La question de savoir si les actes de l'organisme sont attribuables à l'Etat d'accueil est alors une question de fond de l'arbitrage. C'était le cas dans l'affaire *Compañía de Aguas c. Argentine*, sentence (*supra* note 39) ; voir également B.M. Cremades (*supra* note 16), p. 91.

des demandes conventionnelles, et qu'ils respectent normalement un accord d'élection de for<sup>84</sup> pour les différends contractuels qui figure dans le contrat d'investissement.

45 Comme l'investisseur peut toujours renoncer à l'arbitrage international en acceptant une clause d'élection de for ou d'arbitrage dans un contrat d'investissement auquel l'Etat d'accueil est également partie<sup>85</sup>, l'Etat d'accueil ne serait pas en infraction au TBI s'il concluait un accord d'élection de for ou se fondait sur ce dernier<sup>86</sup>. Ceci parce que, si l'investisseur accepte par la suite l'offre permanente de l'Etat d'accueil présente dans le TBI en demandant l'arbitrage CIRDI, cette offre prévaudra sur l'accord d'élection de for, dans la mesure où les deux couvrent les mêmes parties, objet et cause de l'action.

## **2. La Convention sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 10 juin 1958)<sup>87</sup>**

46 La Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (ci-après la Convention de New York), largement ratifiée<sup>88</sup>, s'applique d'abord et avant tout à la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales rendues sur le territoire d'un Etat autre que celui où la reconnaissance et l'exécution des sentences sont demandées (art. I). Cependant, l'article II(3) contraint le tribunal d'un Etat contractant, au stade dit de la compétence dans notre contexte, à donner effet non seulement à une sentence arbitrale mais à une convention d'arbitrage en tant que telle : le tribunal d'un Etat contractant saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une clause compromissoire, au sens de cette Convention, renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite clause est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée. En outre, l'article II(1) impose à chaque Etat contractant de reconnaître l'accord écrit par lequel les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage.

47 Il découle de ce qui est indiqué ci-dessus que la validité de la clause d'arbitrage, son application éventuelle au différend, et si tel est le cas, l'interprétation de ce dont les parties sont convenues viennent ici aussi en premier. Ladite obligation de « renvoyer les parties à l'arbitrage », selon le paragraphe 3, ne s'applique pas si le tribunal constate que la convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée. Si le tribunal constate que la convention d'arbitrage ne recouvre pas les parties ou le litige qui lui est soumis, ou qu'elle a été remplacée par un accord d'élection de for<sup>89</sup>, la Convention de

<sup>84</sup> Dans les affaires *Lanco c. Argentine* (*supra* note 35), para. 26 ; *Salini c. Maroc* (*supra* note 81), para. 27 ; et *SGS c. Philippines* (*supra* note 43), para. 138, l'accord d'élection de for a été jugé ne pas primer sur le choix de l'arbitrage CIRDI parce qu'il ne représentait pas de « choix réel ». Le contrat d'investissement ou concession comportait une clause soumettant tout différend né du contrat à des tribunaux administratifs qui auraient en tout état de cause été compétents selon le droit de l'Etat d'accueil, et dont la compétence n'était susceptible ni d'extension ni de dérogation par les parties. Un tel « accord d'élection de for » a été jugé constituer une déclaration de la situation juridique selon le droit interne de l'Etat d'accueil, et « l'accord réel », fondé sur la volonté des parties, était trouvé dans le choix de l'arbitrage CIRDI. Voir également la note liminaire de E. Gaillard et Y. Banifatemi, 42 *ILM* 606 (2003), et O. Spiermann (*supra* note 13), p. 193, 199.

<sup>85</sup> O. Spiermann (*supra* note 13), p. 207.

<sup>86</sup> Il convient de mentionner que dans l'affaire *Lanco c. l'Argentine*, l'accord d'élection de for était considéré comme ne pas étant exclusif, et le Tribunal CIRDI en a conclu que l'accord n'impliquait pas une renonciation au droit à l'arbitrage CIRDI (voir sur ce point O. Spiermann, *supra* note 13, p. 191 pour plus de détails). Dans l'avant-projet de Convention, cependant, « exclusif » signifie « à l'exclusion de la compétence de tout autre tribunal d'un Etat » puisque la Convention ne s'applique pas à l'arbitrage et aux procédures y afférentes (article 2(4)). Sur l'ajout possible des mots « ou d'autres organes de résolution des litiges », voir *infra* paragraphe 53.

<sup>87</sup> 330 *Nations Unies - Recueil des Traités* 38, No 4739 (1959).

<sup>88</sup> Au 24 mai 2005, elle avait 135 Etats parties, voir < [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org) >.

<sup>89</sup> T.T. Arvind, « *The Draft Hague Judgments Convention: Some Perspectives from Arbitration* », *Netherlands International Law Review* 2004, p. 337, p. 348, fait remarquer qu'une telle renonciation à une convention d'arbitrage, en vertu de la Convention de New York, est couverte par le fait que la convention est « inopérante ». Ce mot, qui figurait dans des projets antérieurs de la Convention sur les accords exclusifs d'élection de for, a été supprimé en décembre 2003.

New York permet au tribunal d'exercer sa compétence car il peut être supposé qu'il n'y aura pas de procédure d'arbitrage.

48 Si, par contre, le tribunal constate que la convention d'arbitrage est régulière, et prime sur tout accord d'élection de for existant (parce que celui-ci n'est pas régulier, ou parce qu'il ne recouvre pas les parties ou le différend, ou parce qu'il a été remplacé par la convention d'arbitrage), l'effet de l'article II(3) est de créer une incompétence partielle des tribunaux nationaux, à savoir de connaître du fond de l'affaire. L'avis dominant est que l'obligation de « renvoyer les parties à l'arbitrage » ne signifie pas que le tribunal doit imposer l'arbitrage, mais simplement qu'il a le devoir de surseoir à statuer ou de se dessaisir de l'instance qui lui est soumise, et ce aussi uniquement à la demande de l'une des parties<sup>90</sup>. La volonté des parties reste clairement décisive à ce stade aussi.

49 Contrairement à la Convention CIRDI, la Convention de New York ne détermine pas qui est juge ultime de la compétence – l'arbitre ou le tribunal national. En vertu de presque toutes les lois internes, le tribunal a le dernier mot sur la question de la compétence de l'arbitre. La plupart des lois permettent à l'arbitre de se prononcer de manière provisoire sur une exception d'incompétence à son égard et de poursuivre l'arbitrage s'il juge qu'il est bien compétent. Cependant, les lois divergent quant à la question de savoir si une partie peut demander au tribunal d'examiner l'avis de l'arbitre sur sa compétence en cours d'arbitrage – ce qui peut occasionner un retard dans l'arbitrage – ou uniquement après le prononcé de la sentence<sup>91</sup>. Dans le premier cas, il existe un risque de procédures parallèles<sup>92</sup>, mais non sur le fond. Les procédures concernent un problème de compétence et aboutiront à une décision judiciaire tranchant finalement la question et liant également le tribunal arbitral, et de ce fait évitant des procédures parallèles sur le fond.

50 Il est dit que l'absence d'une disposition de la Convention de New York relative au concours entre l'avis de l'arbitre sur sa compétence et une mise en cause de cet avis devant un tribunal en cours d'arbitrage n'est pas ressentie comme étant une omission car cela peut être laissé « à la prudence des tribunaux »<sup>93</sup>. D'autres sont d'avis, cependant, qu'une disposition à cet égard aurait eu l'avantage de supprimer les différences entre les lois nationales à ce sujet<sup>94</sup>.

51 Dans l'introduction ci-dessus il est expliqué que l'arbitrage, sous réserve de quelques très rares exceptions « a-nationales » ou « internationales » telles que le CIRDI ou le centre régional de Kuala Lumpur pour l'arbitrage (KLRCA), est régi par des règles de procédure choisies par les parties et les lois relatives à l'arbitrage de l'Etat où l'arbitrage a lieu. Cette affirmation doit être légèrement étendue dans un contexte international, par exemple lorsque l'arbitrage en Suisse et / ou une procédure judiciaire aux Etats-Unis ont été convenus et qu'un tribunal aux Etats-Unis est alors saisi, la loi procédurale de ce tribunal régira la manière de traiter de la clause compromissoire.

52 Les procédures d'arbitrage auxquelles s'applique la Convention de New York ne sont pas des exceptions à ce qui a été constaté précédemment concernant un concours purement interne entre un accord d'élection de for et une convention d'arbitrage. On peut donc supposer, comme affirmé ci-dessus, que les tribunaux d'arbitrage et les juridictions nationales disposent de mécanismes suffisants pour traiter ces situations, qui éviteront normalement les procédures parallèles. L'obligation en vertu de la Convention de New York de « renvoyer les parties à l'arbitrage » *lorsqu'il* existe une convention d'arbitrage régulière, confirme cette position. La question de savoir *s'il* existe bien une convention d'arbitrage régulière dans une affaire où il existe également un accord d'élection de for dépend de l'application des règles de validité formelle et matérielle en droit national et international, et en définitive dans une très large mesure de

<sup>90</sup> A.J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958*, Deventer / Anvers / Boston / Londres / Francfort 1981, p. 129 et s., 131 et s., 137 et s.

<sup>91</sup> A.J. van den Berg (*supra* note 90), p. 131 et s.

<sup>92</sup> S'il existe déjà un jugement sur le même litige entre les mêmes parties lors de la demande d'arbitrage, le principe de la chose jugée rendrait la convention d'arbitrage inopérante ; voir A.J. van den Berg (*supra* note 90), p. 158.

<sup>93</sup> P. Sanders, « *The « New York Convention »* », *International Commercial Arbitration II* (1960), p. 293, p. 307.

<sup>94</sup> Voir par exemple A.J. van den Berg (*supra* note 90), p. 132.

l'interprétation de la « volonté réelle des parties ».

### 3. Le stade de la compétence – Conclusion

53 La conclusion d'ensemble est que l'article 5 de l'avant-projet de Convention et la loi interne sont suffisants pour éviter les conflits de traités entre la future Convention de La Haye et les traités d'arbitrage. De plus, il ne semble pas y avoir un risque trop élevé de procédures parallèles qui nécessiterait des règles supplémentaires dans la future Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for. Le seul moyen de minimiser un tel risque serait de limiter la définition des accords d'élection de for relevant de la future Convention de La Haye à « un accord (...) qui désigne (...) soit les tribunaux d'un Etat contractant soit un ou plusieurs tribunaux particuliers dans un Etat contractant, à l'exclusion de la compétence de tout autre tribunal **ou organisme de règlement des litiges.** » Le risque de positions différentes quant à la validité de l'accord d'élection de for, tel qu'il existe déjà en vertu des articles 5 et 7 pour les procédures judiciaires parallèles, persisterait cependant. A la lumière de la nature assez exceptionnelle des situations décrites ci-dessus, et de la pratique existante des juridictions et tribunaux d'arbitrage qui a donné lieu à ce jour à des solutions raisonnables dans la plupart des cas, cette limitation radicale du champ d'application et de l'importance de la future Convention de La Haye ne semble cependant pas justifiée.

#### B. Le stade de la reconnaissance et de l'exécution

54 Comme expliqué ci-dessus, bien qu'il soit peu probable que des procédures parallèles<sup>95</sup> soient engagées et poursuivies jusqu'au prononcé d'une décision dans chacune d'entre elles, cela n'est pas absolument exclu. Pour des procédures *judiciaires* parallèles, cela résulte implicitement de l'avant-projet de Convention sur les accords exclusifs d'élection de for parce que le tribunal élu et le tribunal saisi mais non élu pourraient parvenir à des résultats différents lors de l'application des critères de validité de l'accord d'élection de for, et des critères permettant d'écarter cet accord en vertu de l'article 7<sup>96</sup>. Il peut naturellement en être de même lorsqu'une convention d'arbitrage et un accord d'élection de for sont en cause et que les organismes de règlement des litiges concluent tous deux qu'ils sont compétents à l'égard du même litige. De même, l'interprétation de la « volonté réelle des parties » par les deux organismes de règlement des litiges peut diverger, donnant ainsi naissance à des procédures parallèles et en définitive à des décisions incompatibles.

55 Il a été indiqué ci-dessus que cela a peu de chances de se produire et ne nécessite donc pas de règle dans la future Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for au stade de la compétence. Des décisions contradictoires devraient donc également être très rares. Pour ce motif, la discussion ci-dessous se concentrera sur les éventuels conflits de traités, notamment entre la Convention de La Haye d'une part et la CIRDI et la Convention de New York d'autre part. Qu'en serait-il s'il était demandé à un tribunal de reconnaître et d'exécuter une sentence arbitrale étrangère en vertu de l'un de ces instruments, et qu'en même temps la reconnaissance et l'exécution d'un jugement

<sup>95</sup> Lorsque nous sommes confrontés, non à des procédures *parallèles* mais *successives*, parce que le TBI requiert l'épuisement des voies de recours internes avant tout recours à l'arbitrage CIRDI, cela signifie que l'Etat d'accueil convient que la sentence arbitrale CIRDI prévaut – tant sur le plan interne qu'international – sur une décision judiciaire interne antérieure. Ces décisions ne seraient donc pas considérées comme incompatibles, et il n'y aurait donc pas conflit de traités.

<sup>96</sup> Lors de sa réunion des 18-20 avril 2005, le Comité de rédaction a débattu de cette question à l'égard de l'article 11. La question était de savoir si l'obligation de ne pas reconnaître un jugement rendu en violation d'un accord d'élection de for devrait recouvrir les jugements des Etats non contractants uniquement, ou également les jugements des Etats contractants. Le résultat provisoire de la discussion a été que l'article 11 ne devrait pas s'adresser aux Etats contractants. Leurs obligations sont décrites dans les articles 5 et 7, et on devrait leur faire confiance pour s'y conformer (voir A. Schulz, « Rapport sur la réunion du Comité de rédaction du 18 au 20 avril 2005 en préparation de la Vingtième session de juin 2005 », Doc. prélim. No 28 de mai 2005, para. 29)

étranger entre les mêmes parties et concernant le même litige soient demandées en vertu de la future Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for ?

### **1. La Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats**

56 L'un des intérêts particuliers de l'arbitrage CIRDI est l'obligation pour chaque Etat contractant, qu'il soit ou non partie au différend, de reconnaître une sentence en vertu de la Convention CIRDI comme étant obligatoire et de faire exécuter les obligations pécuniaires imposées par la sentence comme s'il s'agissait d'un jugement définitif des tribunaux de cet Etat. Le régime CIRDI de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales est bien plus rigide que les autres régimes d'arbitrage commercial international<sup>97</sup>, par exemple la Convention de New York examinée ci-dessous.

« Article 54

(1) 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.

(2) (...)

(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. »

57 Comme à l'article 9 de l'avant-projet de Convention sur les accords exclusifs d'élection de for, « l'exécution » dans la terminologie CIRDI ne désigne pas l'exécution effective au moyen de mesures de contraintes telles que la saisie, mais l'acte par lequel l'Etat requis déclare exécutoire la sentence, ou que le créancier de la sentence a le droit légal de faire exécuter la sentence<sup>98</sup>. Selon la terminologie des négociations de La Haye, cela correspondrait à la déclaration de caractère exécutoire, l'enregistrement en vue de l'exécution ou l'exequatur.

58 En vertu de l'article 54(1) de la Convention CIRDI, toutes les sentences sont *reconnues* comme ayant le même caractère obligatoire qu'un jugement définitif rendu dans l'Etat requis. L'*exécution* (c'est-à-dire l'exequatur) est rendu obligatoire en ce qui concerne les obligations pécuniaires. Les sentences CIRDI ne sont susceptibles d'aucune révision par les juridictions locales avant l'exécution (article 54 CIRDI). La Convention CIRDI ne comporte aucun motif de refus de reconnaissance et d'exécution. Toutes les objections doivent être soulevées en cours d'arbitrage, si nécessaire selon la procédure de révision prévue par la Convention<sup>99</sup>. Aucun motif de refus de reconnaissance ou d'exécution ne peut être invoqué en droit interne non plus à ce stade<sup>100</sup>.

59 Par ce système autonome « a-national », les sentences CIRDI sont abritées de l'examen des juridictions nationales jusqu'à ce qu'une sentence doive recevoir exécution<sup>101</sup>. On peut donc dire que du point de vue de la Convention CIRDI, il y a une

<sup>97</sup> L. Reed, J. Paulsson & N. Blackaby (*supra* note 30), p. 95 et s.

<sup>98</sup> L. Reed, J. Paulsson & N. Blackaby (*supra* note 30), p. 95.

<sup>99</sup> Au sujet de ce régime de révision, voir *supra* para. 40 et L. Reed, J. Paulsson & N. Blackaby (*supra* note 30), p. 97 et s.

<sup>100</sup> L. Reed, J. Paulsson & N. Blackaby (*supra* note 30), p. 96. Il est rapporté que toutes ces considérations restent normalement 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 (*ibid.* p. 107, indiquant que sur plus de 20 sentences CIRDI rendues en 2002, seules trois ont donné lieu à une procédure d'exécution).

<sup>101</sup> L'exécution forcée en tant que telle (« exécution » au sens de la terminologie CIRDI) est laissée au droit interne de l'Etat requis (article 54(3) CIRDI) et nécessite normalement l'assistance des juridictions locales qui prononcent des jugements et / ou ordonnent la saisie de biens du débiteur de la sentence. A ce stade de l'exécution, le droit interne peut fixer des délais, des exigences relatives à la devise, ou exiger des preuves de ce que la sentence n'est pas susceptible d'être annulée. En outre, la Convention CIRDI n'oblige pas un Etat contractant à exécuter une sentence CIRDI dans des circonstances où un jugement définitif équivalent de ses propres tribunaux ne pourrait pas recevoir exécution. Voir L. Reed, J. Paulsson & N. Blackaby (*supra* note 30), p. 95 et s., 106 et s. Comme en vertu d'autres conventions, il y aura probablement des avis différents quant à

obligation absolue de déclarer exécutoire une sentence CIRDI. Cela soulève la question de savoir si l'avant-projet de Convention de La Haye permet à l'Etat requis de se conformer à son obligation en vertu de la CIRDI.

60 Du point de vue de l'avant-projet de Convention sur les accords exclusifs d'élection de for, en vertu de l'article 9(1) f), l'existence d'un *jugement* incompatible rendu dans l'Etat requis est un motif de refus de la reconnaissance et de l'exécution d'un jugement rendu par le tribunal élu. Si le jugement servant de fondement au refus de reconnaissance et d'exécution était rendu dans un autre Etat, le critère (qui est réel dans le cas de jugements d'autres Etats contractants et théorique dans le cas de jugements d'Etats non contractants) consiste à savoir s'il a été rendu en violation de la Convention de La Haye. Cela signifie, en d'autres termes, qu'un jugement rendu antérieurement par un tribunal qui avait (ou aurait eu) la possibilité de le faire en vertu de l'article 7 de la future Convention de La Haye est un obstacle à la reconnaissance du jugement rendu par le tribunal élu.

61 A l'instar d'autres instruments sur la reconnaissance et l'exécution des jugements, l'article 9 ne comporte aucune disposition parallèle pour les sentences arbitrales susceptibles de servir de motif pour refuser la reconnaissance d'un jugement rendu par le tribunal élu en vertu de la Convention de La Haye. En ce qui concerne le traitement de cette situation selon les Conventions de Bruxelles<sup>102</sup> et de Lugano<sup>103</sup>, et le Règlement de Bruxelles I<sup>104</sup>, on considère que les règles pour les jugements rendus dans l'Etat requis ou susceptibles d'y être reconnus s'appliquent par analogie : le principe de priorité matérialisé par ces instruments est considéré comme apportant une solution appropriée aux affaires dans lesquelles une sentence arbitrale antérieure est reconnue dans l'Etat requis sur la base de son droit interne ou d'un traité, avec ou sans exequatur. On considère que la sentence prime sur le jugement postérieur d'un tribunal d'un Etat étranger<sup>105</sup>. Une sentence arbitrale rendue dans l'Etat *requis*, par contre, ne suffit pas pour s'opposer à la reconnaissance et l'exécution d'un jugement étranger<sup>106</sup>.

---

savoir si l'exception d'ordre public peut être invoquée non seulement au stade de la décision d'exequatur (qui est exclue par la Convention CIRDI), mais également au cours de l'exécution forcée proprement dite. Mais même si cette démarche controversée était adoptée, la question de savoir si l'existence d'un jugement rendu dans l'Etat requérant ou devant être reconnu en vertu de la future Convention de La Haye atteindrait le seuil de l'ordre public au stade de l'exécution forcée nécessiterait un examen très attentif dans chaque cas d'espèce.

<sup>102</sup> *Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale* du 27 septembre 1968, dite Convention de Bruxelles. Dernière version mise à jour dans le JO No C 27 du 26 janvier 1998, p. 1. Elle est désormais largement remplacée par le « Règlement de Bruxelles I » (*infra* note 104).

<sup>103</sup> *Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale* du 16 septembre 1988, JO No L 319 du 25 novembre 1988, p. 9.

<sup>104</sup> *Règlement (CE) No 44/2001 du 22 décembre 2000 du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, JO No L 12 du 16 janvier 2001, p. 1.

<sup>105</sup> P. Schlosser, « Conflits entre jugement judiciaire et arbitrage », *Revue de l'arbitrage* 1981, p. 371 (391) ; P.F. Schlosser, *EU-Zivilprozessrecht, Kommentar*, 2e éd. 2003, No 29 sur les articles 34-36 du Règlement de Bruxelles I ; J. Kropholler, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 7e éd. 2002, No 59 sur l'article 35 du Règlement de Bruxelles I.

<sup>106</sup> P.F. Schlosser (*supra* note 105), No 22 sur les articles 34-36 du Règlement de Bruxelles I ; S. Leible dans T. Rauscher (dir.), *Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar*, 2004, No 44 sur l'article 34 du Règlement de Bruxelles I. Cette distinction peut être expliquée par l'objet de l'article 1 No 4 des Conventions de Bruxelles et de Lugano et le Règlement de Bruxelles, qui excluent l'arbitrage du champ d'application de ces instruments parce que leurs rédacteurs ne souhaitent pas s'immiscer dans les instruments internationaux existants en matière d'arbitrage : voir P. Jenard, « Rapport sur la Convention concernant la compétence et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale », JO No C 59 du 5 mars 1979, p. 1, Troisième Chapitre, au sujet de l'article 1, sous IV D. ; P. Mankowski dans Rauscher (dir.) (*ibid.*) No 26 sur l'article 1 du Règlement de Bruxelles I ; P.F. Schlosser (*supra* note 105), No 23 sur l'article 1 du Règlement de Bruxelles I. La position de S.V. Berti, « *Zum Ausschluss der Schiedsgerichtsbarkeit aus dem sachlichen Anwendungsbereich des Luganer Übereinkommens* », dans I. Schwander & W.A. Stoffel (dir.), *Beiträge zum schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht, Festschrift für Oscar Vogel*, Fribourg / Suisse, 1994, p. 337 (349), selon lequel une sentence arbitrale rendue dans l'Etat requis suffit également, n'a pas reçu un large soutien.

62 Si ce raisonnement était adopté pour (la rédaction et) l'interprétation de l'article 9(1) *f*) (et *g*), comme l'a proposé le Comité de rédaction dans le Doc. pré. No 28<sup>107</sup> au para. 37), il semble qu'un Etat requis pourrait refuser la reconnaissance et l'exécution d'un jugement rendu par le tribunal élu s'il est soumis à une obligation de reconnaître et d'exécuter une sentence CIRDI antérieure entre les mêmes parties et portant sur le même objet.

63 Un moyen différent et peut-être mieux adapté de résoudre tout conflit possible entre les obligations conventionnelles de reconnaître des décisions en vertu de la CIRDI et en vertu de la future Convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for consiste à appliquer l'article 23 dans sa nouvelle version proposée par le Comité de rédaction lors de sa réunion des 18 au 20 avril<sup>108</sup>. Cette solution ne nécessite pas de recours à des analogies mais traite la question directement et à un niveau plus général. En outre, elle est dans la lignée de l'objet de l'article 2, paragraphe 4, selon lequel l'avant-projet de Convention ne s'applique pas à l'arbitrage et aux procédures y afférentes afin d'éviter l'interférence avec les instruments existants relatifs à l'arbitrage<sup>109</sup>.

64 Le projet d'article 23(4) comprend une règle sur le rapport avec d'autres instruments concernant la reconnaissance des jugements. Cependant, le paragraphe 4 ne traite pas des obligations en vertu d'autres instruments internationaux de *ne pas* reconnaître les jugements rendus par un tribunal élu (par exemple à cause de l'obligation de reconnaître un jugement antérieur d'un autre tribunal ou une sentence arbitrale incompatible avec le jugement « de La Haye »). Ces situations sont couvertes par le projet de paragraphes 1-3 :

- lorsque seuls des Etats parties à la fois à la Convention de La Haye et à la CIRDI sont en cause, la CIRDI primerait (para. 1). Dans le cas d'une obligation de reconnaître une sentence CIRDI et un jugement de La Haye incompatible, la sentence serait reconnue ;
- en vertu du paragraphe 2, la Convention de La Haye prétend à la primauté lorsque le tribunal élu est situé, ou une partie est résidente dans un Etat de La Haye qui

<sup>107</sup> *Supra* note 96.

<sup>108</sup> Article 23 *Rapports avec d'autres instruments internationaux* (comme proposé par le Comité de rédaction dans le Doc. pré. No 28) :

1. A l'exception de ce qui est prévu aux paragraphes 2 et 4, cette Convention n'affecte pas les instruments internationaux en vigueur dans un Etat contractant, conclus avant ou après la présente Convention, sauf déclaration contraire des Etats contractants liés par un tel instrument.

2. La présente Convention prévaut sur tout autre instrument international applicable dans un Etat contractant, conclu avant ou après la présente Convention, si le tribunal élu est situé, ou si une des parties réside, dans un Etat contractant dans lequel l'instrument n'est pas applicable.

[3. Nonobstant le paragraphe 2, un Etat contractant n'est pas tenu d'appliquer la présente Convention dans la mesure où cette application serait incompatible avec ses obligations à l'égard d'un Etat non contractant, en vertu d'un traité conclu préalablement à l'adoption du texte de la présente Convention[, et à l'égard duquel l'Etat contractant a fait une déclaration en vertu du présent paragraphe].]

*Alternative au paragraphe 3 :*

[3. Nonobstant le paragraphe 2, un Etat contractant n'est pas tenu d'appliquer la présente Convention dans la mesure où cette application serait incompatible avec ses obligations à l'égard d'un Etat non contractant en vertu d'un traité entré en vigueur pour cet Etat contractant avant la date d'entrée en vigueur de la présente Convention pour cet Etat contractant[, et à l'égard duquel l'Etat contractant a fait une déclaration en vertu du présent paragraphe].]

4. Nonobstant le paragraphe 2, la présente Convention ne restreint pas l'application d'un instrument international en vigueur dans un Etat contractant, conclu avant ou après la présente Convention, aux fins de la reconnaissance ou de l'exécution d'un jugement rendu par le tribunal d'un Etat contractant désigné dans un accord exclusif d'élection de for. [Toutefois, le jugement ne sera pas reconnu ou exécuté dans une mesure moindre qu'en vertu de la présente Convention.]

[5. Nonobstant les paragraphes 2 et 4, la présente Convention n'affecte pas la possibilité, pour un ou plusieurs Etats contractants, d'appliquer ou de se joindre à des instruments internationaux qui, concernant des matières particulières, régissent la compétence ou la reconnaissance ou l'exécution des jugements, même si tous les Etats concernés sont parties à la présente Convention.]

6. Aux fins de cet article, « instrument international » signifie un traité international ou des règles établies par une organisation internationale en vertu d'un traité international.

<sup>109</sup> Voir paragraphe 57 du Rapport explicatif (Doc. pré. No 26).

n'est pas également un Etat CIRDI. Lorsqu'il existe une obligation conventionnelle « plus ancienne » à l'égard d'un Etat CIRDI qui n'est pas partie à la Convention de La Haye de ne pas reconnaître le jugement « de La Haye » mais plutôt la sentence CIRDI, cela donnerait lieu à un conflit de traités. Ce conflit est cependant réglé par le paragraphe 3 :

**Exemple** : il est demandé à l'Etat A (partie aux Conventions de La Haye et CIRDI) de reconnaître un jugement prononcé dans l'Etat B (également partie à la Convention de La Haye et à la Convention CIRDI) déclarant que l'Etat B, qui dispose de biens dans l'Etat A, n'est redevable de rien envers un investisseur qui réside dans, et est ressortissant de, l'Etat C (partie à la Convention de La Haye mais non à la Convention CIRDI). En même temps, il est demandé à l'Etat A de reconnaître et exécuter une sentence CIRDI relative à un montant, rendue à l'encontre de l'Etat B en faveur de l'investisseur.

Comme l'une des parties (l'investisseur) réside dans un « Etat de La Haye » qui n'est pas également partie à la Convention CIRDI, la Convention de La Haye prévaudrait en vertu de l'article 23(2) tel que proposé dans le Document préliminaire No 28<sup>110</sup>. Cela conduirait à la reconnaissance du jugement qui déclare que l'Etat B ne doit rien à l'investisseur, ce qui serait incompatible avec la sentence arbitrale. Cependant, en vertu de l'article 23(3) tel que proposé dans le Document préliminaire No 28, l'obligation d'exécuter la sentence arbitrale prévaudrait en fin de compte.

65 Dans ces situations, le projet d'article 23(3) aurait pour effet que dans un cas où un Etat partie à la future Convention de La Haye, en se conformant à ses obligations d'exécution d'un jugement en vertu de l'article 9, enfreindrait une obligation conventionnelle « plus ancienne » en vertu de la CIRDI, cette dernière primerait.

## **2. La Convention sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères**

66 A l'instar de la CIRDI, la Convention de New York oblige les Etats contractants à reconnaître et exécuter les sentences arbitrales étrangères. Elle s'applique également aux sentences étrangères résultant de procédures d'arbitrage purement internes et, à condition que l'Etat ne fasse pas de déclaration contraire, aux sentences arbitrales émanant d'Etats non contractants.

### *« Article III*

Chacun des Etats contractants reconnaîtra l'autorité d'une sentence arbitrale et accordera l'exécution de cette sentence conformément aux règles de procédure suivies dans le territoire où la sentence est invoquée, aux conditions établies par les articles suivants (...). »

67 Contrairement à la CIRDI, cependant, la Convention de New York comporte certains motifs de refus de la reconnaissance et de l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère. Parmi ces motifs, seul l'article V(2) b) peut être considéré à l'égard de la situation examinée dans la présente note. Il dispose que :

---

<sup>110</sup> *Supra* note 96

« Article V

(1) (...)

(2) La reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront aussi être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises constate :

a) (...)

b) que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays. »

68 Si l'on peut arguer que l'effet de la chose jugée, soit d'un jugement rendu dans l'Etat requis lui-même soit d'un jugement étranger qui y est reconnu, fait partie de l'ordre public, des doutes subsistent cependant : si tel était le cas, les règles telles que l'article 9(1) *f* (et *g*) selon la proposition du Comité de rédaction dans le Doc. prélim. No 28<sup>111</sup>), qui sont quasiment des clauses types dans les traités sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers, seraient superflues.

69 Mais, comme l'a montré la discussion de l'article 23 ci-dessus, il n'est pas nécessaire de résoudre la question au niveau de l'article 9 de la future Convention de La Haye et / ou de l'exception d'ordre public en vertu de l'article V(2) *b*) de la Convention de New York. L'article 23 de la future Convention de La Haye – notamment dans la version proposée par le Comité de rédaction dans le Document préliminaire No 28 – résout, ou plutôt évite, tous les conflits de traités possibles.

---

<sup>111</sup> *Supra* note 96.