



JOURNÉE D'ÉTUDE DU 27 MARS 2013

FAUT-IL RÉFORMER L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT?

DOSSIER D'ORIENTATION

SOMMAIRE

Notes d'orientation:

1. La définition de l'investissement
Sandrine CLAVEL, Yves DERAÏNS 3

2. Les procédures abusives
Antoine GARAPON, Hamid GHARAVI 21

3. Le choix des arbitres
Dominique HASCHER 31

4.1 L'exécution des sentences arbitrales
Bertrand DERAÏNS, Isabelle HAUTOT, Mélanie VAN LAUWEEN 39

4.2 State Immunity from execution: a brief overview
Thomas BACONIN, Isabelle HAUTOT 49

Annexes: 61

NOTE N°1 :

La définition de l'investissement

SANDRINE CLAVEL, YVES DERAIS

« Il est des sujets d'étude que n'importe quel chercheur hésite à aborder. La question de la définition de l'investissement international en fait incontestablement partie »¹.

La notion d'investissement est-elle la « notion maudite » du droit de l'arbitrage d'investissement ? Certains auteurs n'hésitent pas à l'affirmer². Il est vrai que le terme investissement change de signification selon le contexte où il est employé : affaires, fiscalité, économie, finances, etc., ce qui n'est pas pour simplifier son approche. Il y a là une première source de confusion, mais ce n'est pas la plus grave. On constate en effet que faute d'une définition unique dans les textes applicables, qu'ils s'agissent de traités multilatéraux, bilatéraux (TBI) ou de lois nationales de protection des investissements (I), la jurisprudence arbitrale internationale est contradictoire (II). Il en résulte des inconvénients majeurs dont l'insécurité juridique n'est pas le moindre (III). C'est pourquoi il est temps d'ouvrir un débat pour rechercher des solutions possibles à une situation passablement chaotique (IV). C'est ce que s'efforce de faire la présente note.

I. L'ABSENCE DE DÉFINITION UNIQUE DANS LES TEXTES

À côté d'une absence totale de définition de l'investissement dans la convention CIRDI (A) foisonnent une multitude de définitions souvent voisines mais presque toujours différentes dans les traités multilatéraux, les TBI et les lois nationales de protection des investissements (B).

A. LE SILENCE DE LA CONVENTION CIRDI

La Convention pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements entre États et Ressortissants d'autres États conclue à Washington le 18 mars 1965 ne contient pas de définition de l'investissement. Ce qui peut sembler paradoxal s'explique aisément. L'article 30 du premier projet se lisait comme suit : « *Investment means any contribution of money or other assets of economic value for an indefinite period or, if the period be defined, for not less than five years* »³. Cependant aucun accord ne put être trouvé sur ce texte ni aucun autre ; il fut en outre souligné que le caractère évolutif de la notion d'investissement ne rendait pas pertinente l'adoption d'une définition figée. On se résigna donc à s'abstenir d'intégrer une définition de la notion à la convention, considérant que ce n'était pas indispensable puisque le consentement des parties à l'intervention du CIRDI dans chaque espèce serait la confirmation de leur accord pour qualifier d'investissement l'opération à l'origine du litige. Mais ce qui ne posait pas de problème lorsque le consentement était donné lors de la réalisation de l'investissement par

¹ Jean-Marc Sorel, avant-propos à l'ouvrage d'Anne Gilles sur *La définition de l'investissement international*, Bruxelles, 2012, p.13.

² Walid Ben Hamida, « La notion d'investissement: la notion maudite du système CIRDI ? », *Cahiers de l'arbitrage*, n°2007-4, p.33 ; Sébastien Manciaux, « Actualité de la notion d'investissement international », in Ch. Leben (dir), *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux : aspects récents*, LGDJ, 2010.

³ *Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of others States, Documents concerning the origin and the formulation of the Convention*, Washington, Ed. CIRDI, Vo. I, p. 116.

clause compromissoire ou après la survenance du litige, par compromis, devait se révéler une source de difficulté redoutable à partir du moment où les États donnèrent leur consentement de façon générique, « à l'aveugle », dans des Traités multilatéraux ou bilatéraux, ou encore dans des lois de protection des investissements.

B LA CACOPHONIE DES AUTRES TEXTES

Les traités multilatéraux, les TBIs et les lois nationales de protection des investissements ne définissent pas l'investissement de façon unique. La plupart procèdent par énumération, précédée ou non d'une phrase introductive précisant qu'il s'agit d'exemples. Ainsi l'article 1(6) de la Charte de l'Energie indique :

« "Investissement" désigne tout type d'avoir détenu ou contrôlé directement ou indirectement par un investisseur et comprenant :

- a) les biens matériels et immatériels, mobiliers et immobiliers, et tous droits de propriété tels que location, hypothèques, créances privilégiées et gages;
- b) une société ou entreprise commerciale ou les actions, capitaux ou toute autre forme de participation au capital dans une société ou entreprise commerciale, ainsi que les obligations, titres ou autres dettes d'une société ou d'une entreprise commerciale;
- c) les créances liquides ou les droits à prestations au titre d'un contrat à valeur économique et associé à un investissement;
- d) la propriété intellectuelle;
- e) les rendements;
- f) tout droit conféré par la loi ou par contrat ou découlant de licences ou d'autorisations délivrées conformément à la loi pour l'exercice d'une activité économique dans le secteur de l'énergie.

La modification de la forme sous laquelle les avoirs sont investis n'affecte pas leur caractère d'investissement, et le terme «investissement» couvre tous les investissements, qu'ils existent à la date d'entrée en vigueur ou qu'ils soient réalisés postérieurement à la date d'entrée en vigueur du présent traité pour la partie contractante d'où provient l'investisseur ou pour la partie contractante dans la zone de laquelle l'investissement est réalisé, ci-après appelée "date effective", à condition que le traité ne s'applique qu'aux matières affectant ces investissements après la date effective. Le terme "investissement" vise tout investissement associé à une activité économique dans le secteur de l'énergie et tout investissement ou toute catégorie d'investissements réalisés dans sa zone par une partie contractante, désignés par elle comme des "projets d'efficacité de la Charte", et notifiées en tant que tels au Secrétariat ».

Beaucoup de TBIs ont la même approche énumérative et exemplative. Ainsi, le TBI passé entre la France et l'Uruguay en 1993, (art 1.1) prévoit que :

« 1. Le terme "investissement" désigne des avoirs tels que les biens, droits et intérêts de toutes natures et, plus particulièrement, mais non exclusivement :

- a) Les biens meubles et immeubles ainsi que tous droits réels tels que les droits de propriété, les hypothèques, privilèges, usufruits et droits analogues, comme les cautionnements ;
- b) Les actions, primes d'émission et autres formes de participation, même minoritaires ou indirectes, aux sociétés constituées sur le territoire de l'une des Parties contractantes ;
- c) Les obligations, créances et droits à toutes prestations ayant valeur économique ;

- d) Les droits d'auteur, les droits de propriété industrielle (tels que brevets d'invention, licences, marques déposées, modèles et maquettes industrielles), les procédés techniques, les noms déposés et la clientèle ;
- e) Les concessions accordées par la loi ou en vertu d'un contrat ou par des organismes de droit public, notamment les concessions relatives à la prospection, la culture, l'extraction ou l'exploitation de richesses naturelles, y compris celles qui se situent dans les zones maritimes des Parties contractantes, étant entendu que lesdits avoirs doivent être ou avoir été investis conformément à la législation de la Partie contractante sur le territoire ou dans les zones maritimes de laquelle l'investissement est effectué, avant ou après l'entrée en vigueur du présent Accord. Toute modification de la forme d'investissement des avoirs n'affecte pas leur qualification d'investissement, à condition que cette modification ne soit pas contraire à la législation de la Partie contractante sur le territoire ou dans les zones maritimes de laquelle l'investissement est réalisé ».

Le TBI conclu entre la France et le Mexique le 12 novembre 1998 (art. 1.1) suit le même modèle mais va plus loin dans l'individualisation de l'investissement en introduisant des exclusions :

« 1. Le terme "investissement" désigne tous les avoirs, y compris les droits de propriété, tels que les biens, droits et intérêts de toute nature et, plus particulièrement mais non exclusivement :

- a) Les biens meubles et immeubles, acquis ou utilisés à des fins d'avantage économique ou autres fins, commerciales, ainsi que tous autres droits réels tels que les hypothèques, privilèges, usufruits, cautionnements et tous droits analogues ;
- b) Les actions, primes d'émission et autres formes de participation, même minoritaires ou indirectes, aux sociétés constituées sur le territoire de l'une des parties contractantes ;
- c) Les créances ou obligations, ou les droits à toutes prestations ayant valeur économique ;
- d) Les droits de propriété intellectuelle, commerciale et industrielle tels que les droits d'auteur, les brevets d'invention, les licences, les marques déposées, les maquettes et modèles industriels, les procédés techniques, le savoir-faire, les noms déposés et la clientèle ;
- e) Les droits dérivés de toute forme de concession accordée par tout moyen légal.

Conformément à la définition qui précède, aucune modification de la forme d'investissement des avoirs n'affecte leur qualification d'investissement, à condition que cette modification ne soit pas contraire à la législation de la partie contractante sur le territoire ou dans la zone maritime de laquelle l'investissement est réalisé.

Ne sont toutefois pas inclus dans les investissements les titres de créance résultant uniquement de transactions commerciales visant exclusivement la vente de marchandises ou de services par un national ou une personne morale situés sur le territoire de l'une des parties contractantes à un national ou une personne morale situés sur le territoire de l'autre partie contractante, les crédits destinés à financer les transactions commerciales tels que les crédits commerciaux et autres crédits d'une durée inférieure à trois ans, ainsi que les crédits octroyés à l'État ou à une entreprise d'État.

Ces dispositions ne sont cependant pas applicables aux crédits ou aux prêts accordés par un investisseur de l'une des parties contractantes à une entreprise de l'autre partie contractante détenue ou contrôlée par ledit investisseur ».

L'article 1139 de l'ALENA avait déjà montré la voie des exclusions, mais sans contenir de définition générale :

« Investissement désigne:

- a) une entreprise;

- b) un titre de participation d'une entreprise;
- c) un titre de dette d'une entreprise
 - (i) lorsque l'entreprise est une société affiliée de l'investisseur, ou
 - (ii) lorsque l'échéance originelle du titre de dette est d'au moins trois ans, mais n'englobe pas un titre de dette, quelle que soit l'échéance originelle, d'une entreprise d'État;
- d) un prêt à une entreprise
 - (i) lorsque l'entreprise est une société affiliée de l'investisseur, ou
 - (ii) lorsque l'échéance originelle du prêt est d'au moins trois ans, mais n'englobe pas un prêt, quelle que soit l'échéance originelle, à une entreprise d'État;
- e) un intérêt dans une entreprise qui donne au titulaire le droit de partager les revenus ou les bénéfices de l'entreprise;
- f) un intérêt dans une entreprise qui donne au titulaire le droit de recevoir une part des actifs de cette entreprise au moment de la dissolution, autre qu'un titre de dette ou qu'un prêt exclu de l'alinéa c) ou d);
- g) les biens-fonds ou autres biens corporels et incorporels acquis ou utilisés dans le dessein de réaliser un bénéfice économique ou d'autres objets commerciaux; et
- h) les intérêts découlant de l'engagement de capitaux ou d'autres ressources sur le territoire d'une Partie pour une activité économique exercée sur ce territoire, par exemple en raison:
 - (i) de contrats qui supposent la présence de biens de l'investisseur sur le territoire de la Partie, notamment contrats clé en main ou contrats de construction ou concessions, ou
 - (ii) de contrats dont la rémunération dépend en grande partie de la production, du chiffre d'affaires ou des bénéfices d'une entreprise;

mais ne désigne pas

- i) les créances découlant uniquement:
 - (i) de contrats commerciaux pour la vente de produits ou de services par un ressortissant ou une entreprise sur le territoire d'une Partie à une entreprise située sur le territoire d'une autre Partie; ou
 - (ii) l'octroi de crédits pour une opération commerciale, telle que le financement commercial, autre qu'un prêt visé à l'alinéa d); ou toutes autres créances, à l'exclusion des intérêts visés aux alinéas a) à h); ».

Certains codes d'investissements, surtout en Afrique, avaient déjà reflété des préoccupations de définition générale. Ainsi, le Code des Investissements sénégalais de 2004 dont l'article 1.4. est libellé comme suit :

« Investissement : Capitaux employés par toute personne, physique ou morale, pour l'acquisition de biens mobiliers, matériels et immatériels et pour assurer le financement des frais de premier établissement ainsi que les besoins en fonds de roulement, indispensables à la création ou l'extension d'entreprises ».

D'autres plus modernes ont introduit une approche économique de l'investissement, tout en procédant aussi par voie d'exclusion. C'est le cas du Code des Investissements du Burkina Faso tel que modifié en 2010 :

Art.2.- Est considéré au sens du présent Code comme investissement productif, tout investissement devant permettre l'exercice d'une activité :

- de production ;
- de conservation ;
- de transformation d'une matière première ou de produits semi-finis en produits finis ;
- de prestations de services.

Art.4.- (Loi n°07-2010) Est exclue du présent Code, toute entreprise qui exerce :

- exclusivement des activités commerciales et de négoce ;
- des activités de recherche ou d'exploitation
- de substances minières relevant du Code minier ;
- des services bancaires et financiers ;
- des activités de télécommunications autres que celles des entreprises de téléphonie agréées.

Enfin, le modèle de TBI américain de 2012 s'efforce de donner une définition de l'investissement qui combine définition générale, précisions et référence implicite à la jurisprudence arbitrale internationale :

"Investment" means every asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, including such characteristics as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk. Forms that an investment may take include:

- (a) *an enterprise;*
- (b) *shares, stock, and other forms of equity participation in an enterprise;*
- (c) *bonds, debentures, other debt instruments, and loans;(1)*
- (d) *futures, options, and other derivatives;*
- (e) *turnkey, construction, management, production, concession, revenue-sharing, and other similar contracts;*
- (f) *intellectual property rights;*
- (g) *licenses, authorizations, permits, and similar rights conferred pursuant to domestic law; (2) (3) and*
- (h) *other tangible or intangible, movable or immovable property, and related property rights, such as leases, mortgages, liens, and pledge.*

(1) *Some forms of debt, such as bonds, debentures, and long-term notes, are more likely to have the characteristics of an investment, while other forms of debt, such as claims to payment that are immediately due and result from the sale of goods or services, are less likely to have such characteristics.*

(2) *Whether a particular type of license, authorization, permit, or similar instrument (including a concession, to the extent that it has the nature of such an instrument) has the characteristics of an investment depends on such factors as the nature and extent of the rights that the holder has under the law of the Party. Among the licenses, authorizations, permits, and similar instruments that do not have the characteristics of an investment are those that do not create any rights protected under domestic law. For greater certainty, the foregoing is without prejudice to whether any asset associated with the license, authorization, permit, or similar instrument has the characteristics of an investment.*

(3) *The term "investment" does not include an order or judgment entered in a judicial or administrative action.*

Quelle que soit la technique suivie par les rédacteurs, on ne peut qu'être frappé par la pauvreté des définitions lorsqu'elles existent. On constate également le caractère très large des énumérations, qui diluent la notion et la privent de spécificités (Ex. : une créance est un investissement). Même l'ultime tentative américaine ne va pas très loin puisqu'elle n'a pas pu éviter la tautologie : « *investment* » means every asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment... ». Mais il est vrai que suivent des exemples de ces caractéristiques puisés dans la jurisprudence : un apport, une attente de profit, un risque. Il en résulte que les exemples donnés dans l'énumération qui suit ne sont plus que des formes que peut revêtir l'investissement et ne sont pas en soi, des investissements. La difficulté est que les caractéristiques visées ne sont pas exhaustives et que ce progrès ne devrait pas suffire à mettre fin aux contradictions de la jurisprudence arbitrale.

II. LES CONTRADICTIONS DE LA JURISPRUDENCE ARBITRALE INTERNATIONALE

La plupart des traités ou des lois de protection des investissements proposent, de façon il est vrai très hétérogène ainsi qu'il a été démontré, une définition de l'investissement et/ou une liste d'opérations représentatives d'investissements. Dans ces conditions, il semble naturel, et c'est la logique qui a été suivie dans un premier temps à la fois au CIRDI, en dehors du CIRDI, de respecter la volonté des parties et d'adopter une *conception subjective* de l'investissement : est un investissement l'opération qualifiée comme telle par les parties. Cette conception subjective est celle que préconise, par exemple, la Banque mondiale⁴.

Dans le cadre du CIRDI toutefois, le caractère très large et l'absence de précision des définitions et/ou listes d'opérations relevant de l'investissement dans les textes applicables a suscité des interrogations, et finalement une réaction en faveur d'une *conception objective* de l'investissement.

A l'origine de cette évolution se trouve la sentence sur la compétence dans l'affaire CIRDI Salini Construttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. Maroc de 2001⁵ qui a estimé que l'existence d'un différend relatif aux investissements selon la Convention de Washington ne se réduit pas au consentement des parties contractantes et que les éléments constitutifs d'un investissement sont au nombre de 4 :

- un apport,
- une certaine durée,
- une participation aux risques,
- une contribution au développement économique de l'État d'accueil.

Il en résulte un test à 2 coups : il faut dans un premier temps vérifier que l'opération litigieuse est visée par le traité ou la loi de protection des investissements applicable. Figure-t-elle dans l'énumération ou est-elle couverte par la définition générale du texte ? Dans un second temps il faut s'assurer qu'il s'agit bien d'un investissement selon la Convention de Washington, par

⁴ Rapport disponible sur le site <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-fra/partB-section05.htm> : cité et analysé par W. Ben Hamida, « La notion d'investissement: la notion maudite du système CIRDI ? », préc.

⁵ CIRDI n°ARB/00/4.

l'application des critères objectifs susmentionnés. Les raisons qui justifient l'incorporation d'un test objectif, supposé « rationaliser » la définition des investissements, ont été analysées par les arbitres aussi bien que par la doctrine : souci de ne pas étendre à l'excès une compétence CIRDI fondée sur des traités généraux ; volonté de cantonner le CIRDI à son rôle statutaire d'institution contribuant au développement économique des États...

La jurisprudence arbitrale développée sous l'égide du CIRDI ne s'en est malheureusement pas tenue à la solution proposée par la sentence *Salini* qui, comme toute solution, n'était pas parfaite mais avait le mérite d'apporter une certaine sécurité juridique. En 2008, dans l'affaire *L.e.s.i. S.p.A. et Astald S.p.A. v. Algérie*⁶, un tribunal arbitral CIRDI a indiqué :

«... il paraît conforme à l'objectif auquel répond la Convention, qu'un contrat, pour constituer un investissement au sens de la disposition, remplisse les trois conditions suivantes ; il faut, a) que le cocontractant ait effectué un apport dans le pays concerné, b) que cet apport porte sur une certaine durée, et c) qu'il comporte pour celui qui le fait un certain risque. Il ne paraît en revanche pas nécessaire qu'il réponde en plus spécialement à la promotion économique du pays, une condition de toute façon difficile à établir et implicitement couverte par les trois éléments retenus ».

De 4 critères on passait à trois. En 2009, on devait passer à 6.

En effet, la sentence du 15 avril 2009 (*Phoenix Action Ltd c/ République tchèque*⁷) a été encore plus loin dans l'affirmation que dans l'arbitrage CIRDI, il n'est pas suffisant de s'en tenir à la définition de l'investissement donnée par le Traité Bilatéral applicable mais que 6 critères doivent être réunis, passant de la notion d'investissement à celle d'investissement protégé :

- un apport en nature ou autre ;
- une certaine durée ;
- un élément de risque ;
- une opération tendant au développement économique de l'État hôte ;
- un apport investi dans le respect des lois de l'État hôte ;
- un apport investi de bonne foi.

Mais, dans une décision du 16 avril 2009 (*Malaysian Historical Salvors SDN BHD c. Malaisie*⁸), un comité d'annulation a estimé que :

« Commet un excès de pouvoir manifeste le Tribunal qui, tournant le dos à l'intention des rédacteurs de la Convention de Washington, ne tient pas compte de la définition large de l'investissement retenue par le Traité de protection des investissements en cause et impose artificiellement une condition de contribution à l'économie de l'État d'accueil le conduisant à exclure les investissements ne présentant pas une certaine importance ou concernant les domaines de la culture ou du patrimoine historique ».

La sentence annulée avait au contraire estimé que si le mot investissement, dans une acception ordinaire visait un apport économique dans le but d'en obtenir un rendement, celle-ci n'était pas suffisante dans le cadre de l'arbitrage CIRDI où il convenait d'appliquer des critères de la jurisprudence *Salini* (apport, durée, risque et contribution au développement économique de l'État hôte), tout en tenant compte des dispositions du Traité bilatéral applicable. Le comité d'annulation semble au contraire privilégier une *conception subjective*.

⁶ CIRDI n° ARB/05/3

⁷ CIRDI n° ARB/06/5

⁸ CIRDI n° ARB/05/10

Certains arbitres n'attendent pas cette décision pour émettre des doutes sérieux quant à la portée de critères du type *Salini*. Ainsi, en 2007, dans l'affaire *M.C.I. Power Group L.C. et New Turbine Inc. C. Equateur*⁹, les arbitres ont estimé que les critères dégagés par la jurisprudence arbitrale n'étaient que des exemples d'éléments caractéristiques d'investissements sans être des conditions de leur existence. Mais c'est dans l'affaire *Biwater c. Tanzanie*¹⁰ en 2008 que des arbitres ont le plus clairement pris leur distance vis-à-vis de tous critères qui s'imposeraient à eux pour définir un investissement :

« In the Tribunal's view, there is no basis for a rote, or overly strict, application of the five¹¹ *Salini* criteria in every case. These criteria are not fixed or mandatory as a matter of law. They do not appear in the ICSID Convention...

Further, the *Salini Test* itself is problematic if, as some tribunals have found, the "typical characteristics" of an investment as identified in that decision are elevated into a fixed and inflexible test, and if transactions are to be presumed excluded from the ICSID Convention unless each of the five criteria are satisfied. This risks the arbitrary exclusion of certain types of transaction from the scope of the Convention. It also leads to a definition that may contradict individual agreements (as here), as well as a developing consensus in parts of the world as to the meaning of "investment" (as expressed, e.g., in bilateral investment treaties). If very substantial numbers of BITs across the world express the definition of "investment" more broadly than the *Salini Test*, and if this constitutes any type of international consensus, it is difficult to see why the ICSID Convention ought to be read more narrowly ».

Aussi n'est-il pas surprenant qu'en 2010, un tribunal arbitral CIRDI, dans l'affaire *Alpha Projeikholding GmbH c/ Ukraine*¹² ait estimé qu'en l'absence de définition du terme investissement dans la Convention de Washington, il convenait de s'en remettre aux définitions qu'en donnent les États dans les TBI ou dans leurs contrats.

Cette approche subjective est évidemment l'approche majoritaire des tribunaux arbitraux qui statuent hors du cadre du CIRDI et qui n'ont d'autre base que le traité ou la loi de protection des investissements dont ils tirent leurs pouvoirs pour apprécier leur compétence, la Convention de Washington n'étant pas susceptible d'intervenir comme fondement d'un second test. C'est également l'approche que semblent retenir la plupart des juridictions étatiques, lorsqu'elles ont à se prononcer sur la compétence arbitrale en matière d'investissement : la mention d'une opération au titre des investissements listés par un TBI est suffisante pour justifier sa qualification d'investissement, et la compétence arbitrale.

A la difficulté générée par l'existence de deux conceptions, l'une subjective, l'autre objective, de la notion d'investissement, s'ajoute une seconde difficulté propre à l'application des critères objectifs. Même lorsque les tribunaux arbitraux s'entendent sur leur nombre et leur définition formelle, ils ne leur confèrent pas toujours la même teneur. Les divergences d'analyse substantielles sont particulièrement nettes, et bien connues, en ce qui concerne la condition de contribution au développement économique du pays. La jurisprudence révèle une très grande hétérogénéité dans l'application de ce critère. Ainsi, pour certains, elle impliquerait que des

⁹ CIRDI n° ARB/03/6

¹⁰ CIRDI n° ARB/05/22

¹¹ Le Tribunal voit 5 critères dans *Salini* et non pas 4 : 1. Durée ; 2. Régularité des profits ; 3. Prise de risque ; 4. Engagement substantiel ; 5. Contribution au développement de l'État hôte.

¹² CIRDI n° ARB/07/16

services ou des produits soient directement fournis à l'État-hôte¹³, ce qui est particulièrement restrictif car de nombreux investissements contribuent indirectement au développement de l'État-hôte. On peut également s'interroger sur le point de savoir si une contribution au développement social, ou culturel, d'un pays, vaut contribution à son développement économique. La contribution doit elle être significative ? Faut-il procéder à une appréciation quantitative, ou qualitative ? Toutes ces questions peuvent être résolues différemment selon le tribunal arbitral saisi. Si la condition de contribution au développement économique du pays a suscité les discussions les plus nourries, d'autres critères donnent lieu -quoique moins visiblement- aux mêmes interrogations. Il en va ainsi, par exemple, du critère du « risque » : faut-il distinguer risque commercial et risque d'investissement, ou encore risque politique ou risque économique ? Des exigences particulières sont-elles requises quant au degré de risque exigé ? Faut-il adopter une approche qualitative ou quantitative ? Là encore, les sources de divergences sont nombreuses, et ces divergences se vérifient malheureusement dans la jurisprudence arbitrale.

Les constatations suivantes s'imposent donc :

- Il n'y a pas de définition unique de la notion d'investissement dans les textes qui organisent leur protection par la voie de l'arbitrage international ;
- La notion est évolutive, ce qui montre bien la difficulté de toute tentative de définition, dont on peut se demander si elle n'est pas vouée à une obsolescence rapide. En réalité, l'histoire permet de retenir que l'objection n'est pas pertinente et que des définitions pérennes parallèles coexistent.
- La jurisprudence arbitrale est affectée d'une contradiction méthodologique, qui oppose les tenants d'une conception subjective de l'investissement (tous les tribunaux autres que CIRDI et certains tribunaux CIRDI) aux tenants d'une conception objective (ess. les tribunaux CIRDI) de l'investissement.
- A cette contradiction de méthode s'ajoutent des contradictions substantielles particulièrement nettes en cas d'application de la conception objective de l'investissement. L'une est relative à l'identification des critères objectifs qui permettent de qualifier une opération d'investissement ; elle oppose principalement les tribunaux CIRDI entre eux (lorsqu'ils optent pour une conception objective, ce qui n'est pas toujours le cas). L'autre est relative à l'appréciation de ces critères objectifs dont la détermination de la teneur peut varier, pour un même critère, d'un tribunal à un autre.
- En toute rigueur, il convient d'observer que la contradiction substantielle peut également concerner la conception subjective de la notion d'investissement : rien ne garantit en effet que les tribunaux arbitraux appliquant cette conception retiennent, d'une affaire à une autre, la même approche de la volonté des parties. Une liste d'opérations pourrait ainsi être jugée limitative par un tribunal, qui refuserait de qualifier

¹³ *Patrick Mitchell v ; République démocratique du Congo*, comité ad hoc CIRDI, 1^{er} nov. 2006, CIRDI n°ARB/99/7

d'investissement une opération n'y figurant pas, tandis qu'elle serait jugée seulement exemplative par un autre, qui accepterait de qualifier d'investissement la même opération.

III. L'INSÉCURITÉ JURIDIQUE DÉCOULANT D'UNE ABSENCE DE LA DÉFINITION UNIQUE DE LA NOTION D'INVESTISSEMENT.

La confusion décrite ci-dessus est nécessairement source d'insécurité juridique. Or, la notion d'investissement est essentielle car d'elle dépend la compétence des arbitres. Si ceux-ci décident que l'opération litigieuse n'est pas un investissement, ils doivent décliner leur compétence. Cependant, en l'état de la jurisprudence arbitrale, il n'existe pas actuellement de critère suffisamment précis pour prévoir, avec une certitude raisonnable, la décision des arbitres sur l'existence d'un investissement.

Les arbitres vont-ils se fonder sur des critères objectifs – de type *Salini* –, en tant que conditions de l'existence de l'investissement ou se contenter, sans plus, de la liste figurant dans le traité ou la loi de protection des investissements applicable ? Dans le premier cas, quels critères seront appliqués ? 3, 4, 5 ou 6 ? Seront-ils considérés comme des conditions cumulatives ou comme des caractéristiques de l'investissement, susceptibles de varier d'une espèce à l'autre¹⁴ ? De plus, quels que soient les critères retenus, ils font nécessairement l'objet d'appréciations divergentes : qu'entend-on par durée, par risque ? Qu'est-ce qu'un apport ? Surtout, comment mesurer la contribution au développement économique de l'État d'accueil, si l'on retient ce critère ?

A ces différents éléments d'incertitude suscités par la jurisprudence oscillante des arbitres statuant sous l'égide du CIRDI, s'ajoute le risque d'une forme de *forum shopping* lorsque le traité applicable offre à l'investisseur, à côté de l'arbitrage CIRDI, la possibilité de saisir une autre institution ou d'initier une procédure *ad hoc* selon les règles de la CNUDCI. En effet, le recours aux critères objectifs type *Salini* est le plus souvent justifié par la volonté des auteurs de la Convention de Washington et le texte de son préambule, surtout en ce qui concerne la contribution au développement économique de l'État-hôte. Cette justification et le double test qui en résultent n'ont plus cours hors du CIRDI et les arbitres s'en tiennent souvent au texte du traité applicable. La décision rendue en 2006 dans l'affaire *Mytilineos Holdings SA v. l'Union de Serbie et du Monténégro et la République de Serbie* est significative à cet égard:

« In the present *ad hoc* arbitration under the UNCITRAL Rules one would therefore have to conclude that the only requirements that have to be fulfilled in order to confer *ratione materiae* jurisdiction on this Tribunal are those under the BIT ».

La conséquence en est qu'une même opération litigieuse, couverte par le même traité, aura plus de chance d'être qualifiée d'investissement dans un arbitrage CNUDCI que dans un arbitrage CIRDI. Un investisseur avisé doit en tenir compte, mais ce n'est pas satisfaisant.

¹⁴ En ce sens la sentence *CJOB c/ Slovaquie* de 1999, CIRDI n° ARB/97/4 ;

¹⁵ *Mytilineos Holdings SA v. l'Union de Serbie et du Monténégro et la République de Serbie*, sentence partielle sur la compétence (CNUDCI) du 8 septembre 2006 <http://ita.law.uvic.ca/documents/MytilineosPartialAward.pdf>

IV. DES PISTES POUR UNE SOLUTION ?

Les solutions ne sont naturellement pas faciles à trouver. Le débat peut toutefois être circonscrit. On observe en premier lieu que la seule approche qui puisse à l'heure actuelle être considérée comme commune à l'ensemble des juridictions arbitrales (CIRDI et non CIRDI) et étatiques est l'approche subjective. Dans ces conditions, il pourrait sembler légitime de privilégier cette approche (proposition 1). Mais pour déterminer si cette solution est viable, certaines questions doivent être posées et débattues. Si l'approche subjective ne pouvait être généralisée, notamment à la jurisprudence CIRDI, il faut alors s'interroger sur la possibilité de retenir une approche objective (proposition 2). Là encore, cette solution suppose résolues, en amont, un certain nombre de difficultés dont il faut débattre.

PREMIÈRE PROPOSITION :

PRIVILÉGIER L'APPROCHE SUBJECTIVE DE LA NOTION D'INVESTISSEMENT INTERNATIONAL

La première proposition serait de s'en remettre aux définitions usuellement incluses dans le traité ou la loi de protection des investissements applicable, c'est-à-dire à la volonté des parties. Cette solution, qui permettrait de rétablir une harmonie entre jurisprudence arbitrale CIRDI et autres jurisprudences arbitrales, se prévaudrait de ce que l'insécurité juridique souvent dénoncée à propos de l'approche subjective ne s'applique en réalité qu'à des situations limites, lorsqu'une opération n'a pas été visée par les parties au titre de l'investissement, et que sa nature ne permet pas aisément de la rattacher à cette catégorie. Nul ne doute qu'un barrage, une usine, une concession soient des investissements. Nul ne doute également qu'une vente n'en soit pas un. Si ces opérations n'ont pas été expressément visées par les parties, il appartient à l'arbitre de rechercher si les parties ont pu souhaiter leur conférer néanmoins cette qualification, y compris en tenant compte du sens commun. Il convient donc de s'en remettre à la volonté exprimée des parties, et en l'absence d'expression claire de cette volonté, de laisser l'arbitre déterminer au cas par cas en recherchant quelle a été la commune intention des parties.

Nous proposons ci-dessous un certain nombre d'affirmations qui doivent à notre sens être débattues, car leur acceptation constitue une condition préalable à la consécration d'une approche subjective de la notion d'investissement international.

Affirmation n°1 (à débattre) : L'approche subjective est plus conforme à l'objectif de prévisibilité juridique que ne l'est l'approche objective.

L'approche subjective propose théoriquement de respecter la volonté des parties quant à la qualification de l'investissement protégé. A priori, aucune solution ne peut sembler plus conforme au principe de sécurité juridique. Deux difficultés se posent toutefois incontestablement. La première résulte du caractère à la fois extrêmement large et souvent excessivement vague, des définitions données par les traités et conventions à la notion

d'investissement : pas de définition synthétique ou une définition indigente, un mécanisme de liste dont on ne sait pas toujours s'il est exemplatif ou limitatif... Dans ces conditions, il apparaît bien délicat de déterminer avec certitude ce qu'a été la commune intention des parties. D'où la seconde difficulté, liée à l'imprévisibilité du résultat de la recherche de la commune intention des parties par l'arbitre. Le dilemme est bien connu en droit des contrats, internes ou internationaux : rien n'est plus sûr qu'une volonté des parties exprimée sans aucune ambiguïté ; mais rien n'est moins prévisible que le résultat d'une recherche par un juge ou un arbitre de ce qu'a été la commune intention des parties, lorsqu'en l'absence d'expression claire et dépourvue d'équivoque de la volonté des parties, la teneur de cette volonté conduit à une interprétation par l'arbitre. L'approche subjective ne pourrait alors être retenue qu'au prix d'un effort de clarification et de reformulation des traités et autres conventions ou lois en matière d'investissement. Cette solution conduit certes à transférer la difficulté de définir la notion d'investissement des arbitres sur les États, mais cela semble d'autant plus légitime que, la notion d'investissement ayant une dimension politique (v. *infra* affirmation n°2), sa définition ne relève pas des missions naturelles de l'arbitre, alors qu'elle est très étroitement liée à la souveraineté étatique.

Affirmation n°2 (à débattre) : L'approche subjective est plus compatible avec les fonctions « naturelles » de l'arbitre, que ne l'est l'approche objective.

L'arbitre est un juge, qui en cette qualité est appelé à prendre parti sur des questions juridiques. Il relève incontestablement de sa mission de rechercher quelle a été la commune intention des parties, et à cet égard il n'apparaît pas illégitime de lui confier la mission de rechercher si les parties ont souhaité qualifier l'opération litigieuse « d'investissement ». En revanche, si l'on adopte la conception objective, en tout cas au regard des critères qui sont aujourd'hui usuellement retenus, l'arbitre est conduit sur un terrain dont on peut légitimement se demander s'il est le sien : il lui faut prendre une décision qui a un caractère éminemment politique s'il doit trancher le point de savoir si l'investissement contribue au développement (économique ?) de l'État-hôte. Il lui faut prendre une décision économique pointue s'il doit se prononcer sur le critère du « risque ». Il semble préférable que ces questions soient laissées à l'arbitrage des parties. Et lorsque la volonté de celles-ci n'a pas été clairement exprimée, n'est-il pas souhaitable de permettre à l'arbitre de se retrancher derrière son interprétation de cette volonté (mission qui relève assurément de ses fonctions), plutôt que de lui demander de prendre ouvertement une décision politique ou économique en se prononçant sur les critères objectifs de la notion d'investissement ?

Affirmation n°3 (à débattre) : L'approche subjective n'est pas incompatible avec le système CIRDI, en sorte qu'elle peut fournir une solution uniforme pour tous les types d'arbitrage en matière d'investissement.

L'exposé de l'état du droit réalisé *supra* a permis de rappeler que c'est exclusivement dans le cadre de la jurisprudence CIRDI que l'approche objective a été conçue et privilégiée, pour des

raisons qui ont été exposées. Ces raisons rendent-elles véritablement inadmissible l'approche subjective ? Sans doute pas, puisque plusieurs juridictions (tribunaux ou comités) statuant sous l'égide du CIRDI ont privilégié l'approche subjective. Des réformes simples ne permettraient-elles pas d'accroître la compatibilité de l'approche subjective et du système CIRDI ?

SECONDE PROPOSITION :

MAINTENIR L'APPROCHE OBJECTIVE DE LA NOTION D'INVESTISSEMENT INTERNATIONAL

La définition de l'investissement international pourrait être envisagée en recourant au langage commun, comme cela a été suggéré¹⁶. Ceci reviendrait à une analyse au cas par cas, mais sans s'en tenir aux définitions et énumérations des traités ou des lois de protections des investissements qui, bien souvent, visent des actifs qui ne sont pas perçus comme des investissements par le langage commun : ainsi une lettre de change, une prime d'émission, une créance....Il s'agirait donc de définir des critères objectifs, comme la jurisprudence arbitrale a parfois cherché à le faire, avec le succès que l'on sait. Les affirmations –qui sont en réalité des questions - suivantes doivent alors être débattues.

Affirmation 1 (à débattre) : une conception objective de l'investissement peut être appliquée par tous les arbitres, au-delà des arbitrages CIRDI

Lorsqu'un arbitre intervient en matière d'investissement sur un autre fondement que la convention CIRDI, par exemple dans le cadre d'un arbitrage CNUDCI, peut-il juridiquement décider de limiter la notion d'investissement au regard des indications données dans les traités bilatéraux d'investissement ou les contrats. La réponse est assurément positive lorsqu'il existe une ambiguïté sur la volonté des parties de qualifier l'opération litigieuse d'investissement. Mais si cette volonté est claire, l'arbitre peut-il légitimement se déclarer incompétent en faisant jouer un critère objectif, et sur quel fondement ?

Il ne peut y avoir de sécurité juridique tant que l'intention des parties telle qu'elle ressort des traités permet d'ignorer les critères objectifs, ou, selon certains arbitres, rend leur application impossible. Il paraît donc indispensable que les rédacteurs de traités bilatéraux ou multilatéraux de protection des investissements précisent que les énumérations qu'ils contiennent sont des exemples des formes que l'investissement peut prendre, sans être pour autant des investissements en l'absence de caractéristiques objectives indiquées dans le traité. C'est la voie qu'ouvre le modèle 2012 de TBI américain, sans être suffisamment précis.

En l'absence de fondement permettant à l'arbitre de s'abstraire des énumérations des traités et de privilégier une approche objective, faut-il se résigner à une dualité de régime, entre d'un côté

¹⁶ Voir, Eduardo Silva Romero, « *Por un regreso al sentido ordinario de la palabra 'inversión'* », *Revista peruana de Arbitraje*, n°10, 2010, p. 25

les arbitrages CIRDI, de l'autre les arbitrages non CIRDI ? Cette solution est-elle viable, alors qu'elle encourage le *forum shopping* ?

Affirmation 2 (à débattre) : une conception objective peut fonctionner sur le fondement de critères dont le nombre et la teneur sont clairement déterminés, par souci de sécurité juridique

Le recours à des critères objectifs pose deux problèmes d'ordre différent: leur choix, tout d'abord; leur respect ensuite, par des arbitres dont la compétence est fondée sur des traités ou des lois de protection des investissements qui définissent l'investissement dans des termes rarement identiques. Sans compter la difficulté particulière au CIRDI et le double test que certains arbitres estiment nécessaire.

Pour ce qui est des critères objectifs, l'entente pourrait sans doute se faire aisément sur les suivants : un apport en argent ou en biens ; un retour en termes de profits ; un risque; une certaine durée; en revanche, il n'y a pas d'accord facilement envisageable sur l'exigence ou non d'une contribution au développement économique de l'État hôte, tant les points de vue à cet égard sont opposés. Le critère semble en outre difficilement transposable aux arbitrages autres que CIRDI. Cette condition est-elle alors véritablement indispensable dans le cadre de la jurisprudence CIRDI ? Ainsi qu'on l'a déjà souligné, le fait que certains tribunaux arbitraux et certains comités *ad hoc* n'appliquent pas ce critère justifie le débat sur sa nécessité.

Les caractéristiques objectives pourraient inclure, outre les critères mentionnés ci-dessus (un apport en argent ou en biens; un retour en termes de profits; un risque; une certaine durée), si telle était l'intention des parties contractantes, d'autres caractéristiques qui ne sont pas nécessaires à l'existence d'un investissement, mais que les parties contractantes pourraient vouloir introduire pour limiter les investissements protégés par le traité: contribution au développement économique de l'État hôte, respect du droit de l'État-hôte, bonne foi. En effet, la sécurité juridique n'exige pas une définition unique de l'investissement international mais des critères facilement déterminables des opérations protégées par chacun des traités ou des lois de protection des investissements applicable.

Affirmation n°3 : Il est possible d'aboutir à une certaine harmonie dans la mise en œuvre des critères par les arbitres

Il ne s'agit évidemment pas d'appeler à une uniformisation de la jurisprudence arbitrale. La fonction de juger, surtout lorsqu'elle implique une interprétation de la volonté des parties, ne peut conduire à ce résultat, qui n'est d'ailleurs pas souhaitable car chaque situation est unique. Il est toutefois important, pour la sécurité juridique, que les parties puissent à tout le moins espérer un respect par les arbitres de critères déterminables et déterminés. Mais quels peuvent être leurs recours en cas de divergences flagrantes ? Certains auteurs en ont appelé à l'arbitrage de la CIJ, qui est envisageable dans le cadre du traité CIRDI (mais seulement dans ce

cadre), tout en indiquant que les perspectives de tels recours sont nulles¹⁷. Faudra-t-il penser une juridiction supranationale, susceptible de régler les difficultés relatives à la compétence arbitrale en la matière ? Cette idée de « juridiction supranationale » de contrôle de l'arbitrage a parfois été soutenue dans d'autres contextes. On peut néanmoins s'interroger sur sa pertinence.

¹⁷ W. Ben Hamida, « La notion d'investissement : le chaos s'amplifie devant le CIRDI », *Cahiers de l'arbitrage*, n°2009/4, p. 40, spéc. P. 47.

NOTE N°2 :

Les tentatives abusives ou frauduleuses
d'exercice de la compétence arbitrale dans les arbitrages
d'investissements

ANTOINE GARAPON, HAMID GHARAVI

INTRODUCTION

Les arbitrages relatifs aux investissements initiés sur la base de traités bilatéraux ou multilatéraux sur la promotion et la protection des investissements (« TBI ») ont offert aux investisseurs la possibilité de régler leurs différends relatifs aux investissements avec les États hôtes devant une juridiction arbitrale internationale au regard du droit international, et cela en l'absence de clause compromissoire stipulée dans un contrat, dès lors qu'ils se situent dans le champ d'application de l'un de ces TBI. Pour pouvoir bénéficier de cette possibilité, il faut notamment que l'investisseur ait la nationalité d'un État signataire du TBI envisagé et que le différend l'oppose à l'autre État contractant au traité en question et soit relatif à un investissement réalisé dans le territoire de cet autre État.

L'avantage que présente la possibilité d'être jugé par une juridiction neutre et internationale au regard du droit international est tel que certains investisseurs ont tenté, par des moyens abusifs, voire frauduleux, de tomber dans le champ d'application d'un TBI et ce alors qu'ils n'avaient pas la nationalité de l'un des États avec lequel l'État hôte avait signé un TBI. Afin de pallier à ce défaut de nationalité, certains investisseurs ont, une fois que le différend avec l'État hôte avait surgi, restructuré leur investissement en le transférant sous le contrôle d'une société du même groupe ayant la nationalité de l'un des États avec lequel l'État hôte avait signé un TBI. D'autres ont été plus aventureux, ou plutôt moins scrupuleux, et ont fait appel à un faux acte, une cession ou une vente antidatée (antérieure à la date à laquelle le différend est né) de créance ou de parts à une société ayant la nationalité de l'un des États signataire du TBI.

L'objet de ce groupe de travail est d'examiner la nature et l'étendue de ces pratiques abusives à travers la jurisprudence (I), d'en mesurer les conséquences (II) et de proposer des pistes pour y remédier (III).

I. LA JURISPRUDENCE

1. *Phoenix Action Ltd. c. La République Tchèque (2009), ARB/06/5*

Dans Phoenix, deux sociétés tchèques faisaient l'objet d'enquêtes pénales en République Tchèque. Les parts de ces sociétés étaient détenues par Mme. Beño, actionnaire de nationalité tchèque soit n'ayant pas la nationalité de l'un des États avec lequel la République Tchèque avait signé un TBI. M. Beño, l'époux de l'actionnaire de ces deux sociétés, s'est réfugié en Israël en 2001 et a constitué la société de droit israélien Phoenix Action Ltd. (« Phoenix ») laquelle a racheté l'intégralité des actions des deux sociétés tchèques appartenant à Mme. Beño. Phoenix a ensuite notifié à la République Tchèque l'existence d'un litige sur le fondement du TBI entre Israël et la République Tchèque, puis a déposé une demande d'arbitrage devant le CIRDI le 15 février 2004.

Dans sa sentence sur la compétence rendue le 15 avril 2009, le Tribunal arbitral a rejeté la demande de Phoenix, considérant qu'une société ne peut modifier la structure de son investissement uniquement afin que le CIRDI soit compétent, et ce alors que les dommages ont déjà été subis. Le Tribunal arbitral a estimé que le fait de changer la structure d'une société, qui

se plaint de mesures adoptées par un État hôte, dans le seul et unique but de faire valoir une réclamation devant le CIRDI alors qu'une telle réclamation n'était pas envisageable avant le changement de structure, ne peut pas donner lieu à la reconnaissance d'un investissement protégé par le TBI et la Convention de Washington. Le Tribunal arbitral a condamné Phoenix à rembourser l'intégralité des honoraires d'avocat et des frais de procédure de la République Tchèque, soit la somme de 1.2 million USD.

2. Le cas de la Turquie

La République de Turquie a été la cible de nombreux arbitrages d'investissements abusifs ou frauduleux, lesquels ont été initiés indirectement par les membres d'une famille turque, les Uzan, suite à l'expropriation de leur empire financier par les autorités turques pour fraude. Certains de ces arbitrages sont décrits ci-après.

Cementownia "Nowa Huta" S.A. c. République de Turquie (2009), ARB(AF)/06/2 et Europe Cement Investment & Trade S.A. c. République de Turquie (2009), ARB(AF)/07/2

Il s'agit de deux arbitrages engagés en vertu du Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI sur la base du *Energy Charter Treaty* signé par la Turquie et la Pologne. L'affaire *Cementownia* a été engagée le 28 septembre 2006 et *Europe Cement* le 6 mars 2007.

Dans *Cementownia* et *Europe Cement*, les actions des sociétés turques CEAS et Kepez (détenues par la famille Uzan) intervenant dans le domaine de l'électricité (construction de centrales, distribution, transmission et vente d'électricité) ont prétendument été vendues à diverses sociétés, dont les sociétés polonaises *Cementownia* et *Europe Cement*, quelques jours avant l'expropriation des deux sociétés turques par l'État turc. Tout comme dans l'affaire Phoenix, la seule chronologie des faits explique le rejet des demandes des sociétés polonaises par le Tribunal arbitral. Les circonstances de la prétendue vente des actions étaient par ailleurs peu crédibles, celle-ci s'étant prétendument déroulée par téléphone et ayant été conclue pour une somme dérisoire (45,000 USD pour *Europe Cement* et 50,000 USD pour *Cementownia*) comparé au préjudice réclamé dans le cadre de la procédure arbitrale au titre de l'expropriation, et donc de la valeur de ces entreprises, qui s'élevait à 4 milliards USD.

Dans les deux affaires, le Tribunal arbitral a rejeté les demandes des sociétés polonaises (dans *Cementownia*, par une sentence du 17 septembre 2009 et dans *Europe Cement* par une sentence du 13 août 2009) au motif qu'elles avaient été incapables de produire les titres des actions cédées et partant de prouver qu'elles étaient propriétaires desdites actions. Le Tribunal arbitral a par ailleurs considéré que la prétendue vente des actions en date du 30 mai 2003 n'avait sans doute jamais eu lieu (elle ne figurait pas dans les états financiers vérifiés des sociétés polonaises et ces dernières n'avaient pas rendu compte de cette transaction aux autorités économiques polonaises et ce en violation de la loi polonaise) et que cette opération était manifestement une manipulation visant à transformer un litige interne en un contentieux international bénéficiant des garanties accordées par la Convention de Washington et le *Energy Charter Treaty*. Le Tribunal a ainsi jugé que les sociétés polonaises avaient déposé une demande frauduleuse à l'encontre de la Turquie.

Le Tribunal arbitral a condamné les deux sociétés polonaises à rembourser l'intégralité des honoraires d'avocat et des frais de procédure de la Turquie, soit dans le cas de Cementownia, la somme de 5.3 millions USD, et dans le cas de Europe Cement, la somme de 4 millions USD.

Libananco Holdings Co. Limited c. République de Turquie (2011), ARB/06/8

Dans *Libananco*, une compagnie chypriote a initié, le 23 février 2006, un arbitrage CIRDI contre la Turquie sur la base du *Energy Charter Treaty* signé par Chypre et la Turquie.

Les faits sont quasiment identiques que ceux évoqués ci-dessus à propos des affaires *Cementownia* et *Europe Cement*. En l'espèce, les actions des sociétés turques CEAS et Kepez auraient cette fois-ci, quelques jours avant l'expropriation de ces sociétés par la Turquie, été vendues à la société chypriote Libananco, société appartenant prétendument à la famille Uzan et tombant dans le champ d'application d'un traité international prévoyant le règlement des différends devant une juridiction arbitrale internationale au regard du droit international.

Le Tribunal arbitral s'est déclaré incompétent le 2 octobre 2011 après avoir estimé que le demandeur n'avait pas démontré que Libananco appartenait à la famille Uzan et qu'en tout état de cause, il n'était pas démontré que Libananco avait acquis les actions de CEAS et Kepez avant leur expropriation.

Le Tribunal arbitral a condamné la société Libananco à rembourser l'intégralité des frais de procédure de la Turquie, soit la somme de 650,000 USD, ainsi qu'une partie des honoraires d'avocat de la Turquie, soit la somme de 15 millions USD (sur les 36 millions USD déboursés et demandés).

Saba Fakes c. République de Turquie (2010), ARB/07/20

Dans *Saba Fakes*, un citoyen hollandais, illustre inconnu, salarié insolvable d'une petite société en Jordanie, a initié un arbitrage CIRDI à l'encontre de la Turquie le 13 août 2007 sur la base du TBI entre les Pays-Bas et la Turquie, réclamant 19 milliards USD pour la prétendue expropriation par la Turquie de ses parts majoritaires dans l'une des plus grandes sociétés de télécommunication turque, société qu'il aurait prétendument achetée à la famille Massoud (qui elle-même l'aurait prétendument achetée quelques mois auparavant à la famille Uzan) pour 3,800 USD, quelques jours avant l'expropriation de la société turque par la Turquie.

Après avoir rejeté la demande de *Security for Costs* de la Turquie, le Tribunal arbitral s'est finalement déclaré incompétent le 14 août 2010, estimant que le demandeur n'était pas le véritable propriétaire des parts majoritaires dans la société turque. Il a également qualifié la demande de « frivole », condamnant M. Fakes à rembourser l'intégralité des honoraires d'avocat et des frais de procédure de la Turquie, soit la somme de 1.7 millions USD.

La Turquie n'a, à ce jour, toujours pas pu exécuter cette sentence contre M. Fakes.

Aussi extraordinaire que cela puisse paraître, Monsieur Massoud, citoyen jordanien complice de la supercherie évoquée ci-dessus, a envoyé une lettre de notification à la Turquie le 21

décembre 2011 déclarant son intention d'engager la responsabilité de la Turquie pour expropriation de ses prétendues parts dans la même société turque.

3. *Burimi s.r.l. & Eagle Games SH.A. c. République d'Albanie, ARB/11/18*

Dans *Burimi*, trois demandeurs ont initié un arbitrage CIRDI contre l'Albanie le 15 juin 2011, pour la prétendue expropriation d'un investissement dans le secteur des jeux de hasard.

Le premier demandeur, M. Burimi, une personne physique ayant la double nationalité Albanaise et Italienne, s'est vu refuser l'accès au CIRDI à l'étape de l'enregistrement de sa demande en raison de sa nationalité Albanaise (la nationalité de l'État hôte, ce qui constitue un obstacle à la compétence CIRDI). En effet, le Centre a estimé que la demande de M. Burimi était manifestement en dehors de la compétence du CIRDI, et a refusé d'enregistrer celle-ci, conformément à l'article 36(3) de la Convention.

Néanmoins, le Centre a enregistré les demandes des deux autres demandeurs. Il s'agit des sociétés Eagles Games et Burimi. La société albanaise, Eagle Games (détenue par des nationaux albanais) a effectivement obtenu une licence pour organiser des jeux de hasard en Albanie. Or Eagle Games, en tant que société Albanaise, directement détenue par des ressortissants Albanais, ne peut invoquer la compétence du CIRDI. Quant à la société Italienne, Burimi s.r.l., inconnue des autorités albanaises, elle prétend avoir financé les activités d'Eagle Games par le biais d'un contrat de prêt/partenaire (qu'elle présente comme un investissement) relatif à l'investissement d'Eagles Games en Albanie, et avoir donc subi un préjudice en raison de la prétendue expropriation de l'investissement de la société Eagle Games par l'Albanie.

Une fois le Tribunal constitué, l'Albanie a soulevé des objections sur la compétence et a demandé la bifurcation de la procédure pour déterminer la compétence du Tribunal *in limine litis*. Le Tribunal a reconnu l'importance du déclinatoire de compétence évoqué par l'Albanie. Cependant, il a décidé de joindre la compétence au fond. Par ailleurs, les sociétés demanderesse étant insolvables et sans activités, l'Albanie a fait une demande de Security for Costs, qui a été refusée.

II. LES CONSÉQUENCES

Dans tous les arbitrages évoqués ci-dessus, les exceptions d'incompétences ont été admises par les Tribunaux arbitraux et les demandes rejetées à ce titre, ce rejet étant accompagné d'une condamnation aux dépens. Les États visés n'en sont cependant pas sortis indemnes. Il en va de même pour l'arbitrage international. Les raisons sont exposées ci-après.

Tout d'abord, l'image de ces États a été ternie en raison du caractère public des arbitrages internationaux et de la durée de ces procédures pendant lesquelles une présomption de faute a pesé sur ces États, présomption largement facilitée par les clichés et autres a priori associés au traitement des sociétés étrangères par les États émergents. Dans le cas précis de la Turquie,

l'État a même été contraint de rendre des comptes aux institutions financières internationales, inquiètes des dizaines de milliards USD réclamés par les demandeurs dans ces arbitrages.

Ces arbitrages ont également entraîné pour les États des honoraires de conseil et des frais de procédure très importants (plus de 50 millions USD), sommes qu'ils n'ont pu, dans la plupart des cas, récupérer en raison de l'insolvabilité des demandeurs et de l'absence de Security for Costs.

Enfin, et surtout, le risque demeure que d'autres investisseurs malhonnêtes s'inspirent de leurs prédécesseurs tout en perfectionnant les mécanismes jusque là utilisés, afin d'initier abusivement une procédure d'arbitrage contre un État. Il n'est pas exclu que l'un d'entre eux parvienne à passer à travers les mailles du système et la vigilance des Tribunaux arbitraux.

Ceci, ajouté à d'autres craintes, inquiètent bien entendu les États dont certains envisagent de dénoncer ou d'émettre des réserves à la Convention de Washington ainsi qu'à certains TBI, à l'instar d'autres États. Il convient ainsi d'examiner des solutions éventuelles, non seulement dans l'intérêt de ces États et de l'arbitrage international mais également dans celui de la très grande majorité des investisseurs qui, agissant de bonne foi, sont également victimes de ces abus.

III. LES PISTES PROPOSÉES POUR DISSUADER LES ARBITRAGES ABUSIFS

Quatre pistes sont envisageables : (1) exiger plus de documents lors de l'enregistrement de la requête d'arbitrage auprès du CIRDI ou pour le dépôt d'une requête d'arbitrage, (2) prolonger le délai de 30 jours prévu à l'article 41(5) du Règlement d'Arbitrage CIRDI portant sur la procédure accélérée pour la soumission des déclinatoires et moyens préliminaires, (3) faciliter ou encourager l'obtention de Security for Costs et enfin (4) développer la pratique du certificat d'investissement.

1) Plus de documents lors de l'enregistrement/dépôt de la requête d'arbitrage

Aux termes de la Convention de Washington, très peu de documents sont exigés pour enregistrer une requête d'arbitrage devant le CIRDI, processus qui conduit ensuite rapidement à la constitution d'un tribunal arbitral et au « lancement » de l'arbitrage. La procédure d'enregistrement est régie par l'article 36 de la Convention qui précise que « [l]a requête doit contenir des informations concernant l'objet du différend, l'identité des parties et leur consentement à l'arbitrage conformément au règlement de procédure relatif à l'introduction des instances de conciliation et d'arbitrage. » L'article 36 exige ainsi uniquement des informations et non des preuves, la seule preuve requise à ce stade concernant le(s) document(s) attestant du consentement des parties à l'arbitrage CIRDI. Il en va de même en ce qui concerne la plupart des autres règlements.

Afin de filtrer les requêtes, et ainsi de dissuader les arbitrages abusifs, davantage de preuves pourraient être requises au moment du dépôt de la requête, comme par exemple une copie du titre de créance ou encore une preuve de l'investissement du demandeur, pièces qui ne sont pas aujourd'hui obligatoires.

Ceci aurait également l'avantage de permettre aux États de déposer leur déclinatoire de compétence rapidement, au regard des pièces communiquées, sans devoir attendre, comme c'est le cas aujourd'hui, la constitution du Tribunal arbitral pour formuler une demande de production de documents conduisant éventuellement à la communication de ces pièces de base ou encore le Mémoire du Demandeur avec lequel ces pièces seraient éventuellement produites. Les États auraient ainsi plus de chances de pouvoir déposer leur déclinatoire de compétence au commencement de la procédure, notamment dans les délais prévus à l'article 41(5) du Règlement d'Arbitrage CIRDI sur la procédure accélérée pour la soumission des déclinatoires et moyens préliminaires ou l'article 5 du Règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale.

Une question est de savoir si une telle exigence serait susceptible d'affecter les investisseurs de bonne foi. Un sondage préliminaire auprès d'entreprises semble indiquer que tel ne serait pas le cas. Des exceptions devraient cependant être prévues, notamment dans l'hypothèse d'une expropriation ou d'un autre manquement imputable à l'État qui aurait placé l'investisseur dans l'incapacité de produire ces documents.

Il convient également de s'interroger sur les modalités d'une telle réforme, c'est-à-dire si elle devrait être opérée par le biais des TBI ou par le biais des institutions, ainsi que sur les possibilités de sa réalisation et les délais pour sa mise en œuvre.

A cet égard, la Règle 2 du Règlement de procédure relatif à l'introduction des instances CIRDI qui régit le contenu de la Requête d'arbitrage, reprend les conditions stipulées à l'Article 25 de la Convention. Cette Règle impose par exemple, en son paragraphe 2.1.(e), de fournir « des informations concernant l'objet du différend et indiquant l'existence, entre les deux parties, d'un différend d'ordre juridique en relation directe avec un investissement ». Le paragraphe 2.(2) impose quant à lui la fourniture de documents justificatifs apportant la preuve (i) du consentement des parties à l'arbitrage, (ii) de l'accord des parties, lorsque la partie est une personne morale qui à la date du consentement avait la nationalité de l'État contractant partie au différend, de la considérer comme ressortissant d'un autre État contractant aux fins de la Convention de, et (iii) lorsque la partie requérante est une personne morale, qu'elle a pris toute mesure interne nécessaire afin d'autoriser la requête.

Dès lors, une modification de la Règle 2(2) du Règlement de procédure relatif à l'introduction des instances et plus précisément l'ajout par exemple de l'obligation de fournir la preuve de l'investissement, i.e. des documents justifiant les informations prévues à l'Article 2.1.(e), est envisageable.

Cette modification peut se faire, en vertu de l'Article 6 de la Convention CIRDI, par décision à une majorité de deux tiers du Conseil d'Administration, étant précisé que les membres du Conseil d'Administration peuvent voter au cours d'une réunion du Conseil ou à distance (Article 7 de la Convention CIRDI).

Une telle modification serait moins contraignante qu'une modification de la Convention de Washington qui exige, en vertu de son Article 66, une décision à la majorité de deux tiers du Conseil d'Administration, ainsi que la ratification, l'acceptation et l'approbation de la modification par la totalité des États membres de la Convention.

2) Prolongation des délais

Une seconde piste serait d'allonger le délai prévu à l'article 41(5) du Règlement d'Arbitrage CIRDI portant sur la procédure accélérée pour la soumission des déclinatoires et moyens préliminaires et prévoir des possibilités similaires dans les autres types d'arbitrages sur le fondement d'un TBI.

Aujourd'hui, pour tomber dans le champ d'application de la procédure accélérée, un État a un délai maximum de 30 jours suivant la constitution du Tribunal arbitral pour soulever un déclinatoire ou invoquer un moyen relatif à une demande manifestement dénuée de fondement juridique, auquel le Tribunal doit répondre en rendant une décision lors de la première session du Tribunal ou immédiatement après. Cependant, le délai prévu par l'article 41(5) est trop court et mérite d'être prolongé pour donner aux États une véritable opportunité de se prévaloir de la procédure accélérée.

Ce délai est d'autant plus insuffisant que les États ont besoin de temps pour désigner l'organe étatique qui sera en charge du dossier, débloquer le budget nécessaire, engager la procédure de sélection des avocats et leur communiquer les pièces et les informations pertinentes du dossier. Par exemple, les conseils de la Turquie dans l'arbitrage CIRDI *Saba Fakes c. République de Turquie* (ARB/07/20) évoqué ci-dessus n'ont été sélectionnés qu'un mois avant l'expiration du délai prévu à l'article 41(5) du Règlement d'Arbitrage CIRDI. L'Albanie, dans les arbitrages CIRDI *Pantehniki S.A. Contractors & Engineers c. République d'Albanie* (ARB/07/21), *Burimi S.R.L. and Eagle Games S.H.A c. République d'Albanie* (ARB/11/18) et *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Projects S.A. c. République d'Albanie* (ARB/11/24), a mis deux mois après la constitution du Tribunal Arbitral pour sélectionner ses conseils. La Moldavie, dans l'arbitrage CIRDI *Franck Charles Arif c. République de Moldavie*, a quant à elle mis deux mois à compter de la première session du Tribunal. En d'autres termes, le délai de 30 jours prévu à l'article 41(5) du Règlement d'Arbitrage CIRDI est en pratique totalement incompatible avec les contraintes et les cadences des États.

Nul besoin de modifier la Convention CIRDI pour augmenter ce délai. Pour cela, il suffit de modifier l'Article 41(5) du Règlement d'Arbitrage CIRDI (possible par décision de deux tiers des membres du Conseil Administratif).

3) Security for Costs

Une troisième piste serait de faciliter ou d'encourager l'obtention de Security for Costs. Cela est d'autant plus nécessaire que l'expérience prouve que les États victimes d'arbitrages abusifs ou frauduleux ont dû consacrer des sommes considérables pour leur défense sans pour autant pouvoir recouvrer les montants alloués par la sentence finale en raison de l'insolvabilité des demandeurs. Si la jurisprudence arbitrale est unanimement favorable à la possibilité d'octroyer une Security for Costs dans les arbitrages fondés sur un TBI, aucun Tribunal arbitral n'en a jamais octroyée, même dans les cas extrêmes tel que l'arbitrage CIRDI *Saba Fakes c. République de Turquie* (ARB/07/20).

4) Le certificat d'investissement

Une quatrième piste serait pour les États de développer la pratique du certificat d'investissement, émis par l'État hôte, comme condition préalable à l'application du TBI. Cela permet à l'État hôte d'approuver les investissements et donc de connaître/filtrer les investisseurs sur son territoire bénéficiant de la protection des TBI et du droit international. Cette pratique est déjà employée par l'Iran (voir par exemple l'article 3 du TBI entre l'Iran et l'Afrique du Sud), ainsi que par les États membres de l'ASEAN (voir par exemple l'article 2 du TBI entre la Thaïlande et l'Égypte).

NOTE N°3 :

Le choix des arbitres

RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL PRÉSIDÉ PAR DOMINIQUE HASCHER

(S. MANCIAUX, E. OBADIA, M.A. WHITESELL)

1. Des discussions récentes pointent du doigt de possibles conflits d'intérêt d'arbitres dans des arbitrages d'investissement. Quelles sont les règles existantes qui permettent d'éviter de tels conflits ? Est-ce que ces règles (notamment celles élaborées par l'IBA ou l'AAA/ABA) sont suffisantes ou mériteraient-elles d'être renforcées ou affinées ? Si oui, de quelle manière ?

L'obligation de transparence est une composante essentielle du statut de l'arbitre en permettant aux parties d'exprimer un consentement éclairé sur la constitution du tribunal arbitral et en créant la confiance nécessaire entre l'arbitre et les parties sur laquelle repose la seule autorité du tribunal arbitral. La pratique arbitrale est de demander aux arbitres au moment de leur nomination d'indiquer les circonstances qui pourraient mettre en cause leur indépendance ou leur impartialité aux yeux des parties.

Selon une opinion dans le groupe de travail, cette transparence devrait encore être plus poussée en matière d'arbitrage dans les investissements en raison de la politisation des affaires. Il est aussi remarqué que les documents existants sur les conflits d'intérêt (IBA Guidelines, AAA/ABA Code of Ethics) ont été réfléchis, rédigés pour l'arbitrage commercial. Ils ne règlent pas d'ailleurs toutes les situations, ne concernent que la question de ce qui doit être révélé par l'arbitre et ne prévoient pas les conséquences à tirer des informations révélées. Pour ces raisons, leur pertinence pour l'arbitrage dans les investissements peut paraître faible. Toutefois, la pratique constatée est la référence assez fréquente chez les arbitres et les parties aux IBA Guidelines. En raison de l'existence de nombreux codes nationaux en matière de déontologie, l'utilité d'un code international reste à discuter. Entre temps, l'auto-régulation du système est considérée comme possible.

2. Certaines discussions récentes critiquent la possibilité de survenance de conflits d'intérêts résultant du fait que des arbitres agissent en tant que conseil dans d'autres contentieux qui portent sur les mêmes questions de droit ou de fait. Ces critiques sont-elles fondées ? Si oui, comment pourrait-on y remédier ? La mise en oeuvre d'une séparation stricte entre les métiers de conseil et d'arbitre (préconisée et pratiquée par certains) serait-elle souhaitable, voire réalisable ?

Selon une opinion au sein du groupe de travail, l'absence de séparation entre les fonctions d'arbitre et de conseil qui correspond à la pratique de l'arbitrage aujourd'hui, y compris dans le domaine des investissements, devrait être maintenue. Toute séparation remettrait en cause la liberté de choix par les parties des membres de la juridiction arbitrale qui est l'un des forts attraits du recours à l'arbitrage et n'abolirait pas pour autant tous les conflits, en laissant subsister (et en aggravant) les questions d'impartialité objective en raison de jugements antérieurs prononcés sur des problèmes similaires, notamment d'ordre juridique. L'exigence d'une séparation restreindrait encore le nombre des arbitres disponibles dans un domaine où le cercle des arbitres possibles est trop peu étendu. Le groupe de travail rappelle aussi qu'une

expérience professionnelle crédible en tant qu'arbitre est généralement acquise par l'exercice des fonctions de conseil dans les procédures arbitrales. Au total, l'exigence de séparation ne deviendrait viable que si les structures actuelles de l'arbitrage étaient bouleversées, avec la création d'un organe de nature permanente auquel seraient confiées les affaires. Pour l'heure, les situations de conflits d'intérêt auxquelles il convient de faire face ne justifient pas à elles seules un changement.

3. Des études empiriques récentes démontrent qu'un petit nombre d'arbitres renommés (une vingtaine) siège dans plus de la moitié du total des arbitrages d'investissement ? Cette situation est-elle favorable ou défavorable au système de l'arbitrage d'investissement ? Si elle y est défavorable, comment pourrait-on y remédier ? Faudrait-il limiter le nombre de nominations possibles par arbitre ? Si oui, comment ?

Si l'aspect favorable tient à l'expérience et à l'efficacité des personnes régulièrement nommées, le groupe de travail, qui note les inconvénients liés à la nomination d'arbitres surchargés (en matière de disponibilité et de conflits potentiels), ne peut estimer quelle est la part de responsabilité dans ce phénomène des parties ou des institutions d'arbitrage (dont certaines s'efforcent de mener une politique d'ouverture à cet égard). Tout changement autoritaire remettrait en cause la liberté des parties de choisir les membres de la juridiction arbitrale et nécessiterait la mise en place d'une autorité qui veillerait au respect d'une règle limitant le nombre des nominations à l'adoption de laquelle le groupe de travail, dans son ensemble, se montre peu favorable. Le groupe de travail souligne que toute action entreprise dans ce domaine, par exemple par une institution d'arbitrage, ne réglerait pas les situations soumises à l'arbitrage *ad hoc* et l'absence de monopole d'une institution ou d'une autre dans l'organisation et la gestion des procédures d'arbitrage dans les investissements. La meilleure réponse paraît bien être la formation de nouvelles générations d'arbitres et de faire confiance aux capacités d'auto-régulation du système.

4. Dans l'arbitrage d'investissement, certains arbitres sont fréquemment nommés par le demandeur (investisseur) tandis que d'autres sont le plus souvent nommés par le défendeur (Etat). Cette situation est-elle préjudiciable ? la légitimité perdue du système d'arbitrage d'investissement ? Si oui, comment pourrait-on y remédier ?

La situation d'arbitres désignés dans ces conditions est inévitable, est-il noté, compte tenu du clivage important souvent relevé entre investisseurs qui défendent leurs intérêts particuliers et Etats. Les mises en cause de l'impartialité sont surtout dues au jugement d'affaires passées impliquant les mêmes questions juridiques. Le groupe de travail souligne le rôle des institutions d'arbitrage qui devraient s'efforcer de composer des juridictions équilibrées, notamment quand il en vient de nommer le président du tribunal arbitral. Le stade supérieur serait d'imposer la nomination de tous les arbitres par l'institution d'arbitrage, une solution à laquelle le groupe de

travail n'est pas favorable. Ici encore, le groupe de travail exprime sa confiance dans les capacités d'auto-régulation du système, les arbitres, quelle que soit l'origine de leur nomination, s'efforçant en règle générale de maintenir leur crédibilité, et les parties devant fournir leurs meilleurs efforts pour présenter au tribunal des arguments de qualité qui permettront au président du tribunal de rechercher et de trouver un consensus avec ses collègues.

5. La pratique constante consiste à recourir à des tribunaux arbitraux composés de trois arbitres, dont au moins deux sont nommés par les parties au litige. Un recours plus fréquent à des arbitres uniques, nommés par accord entre les parties ou par une institution indépendante, pourrait-il remédier à la perception d'une inclinaison des positions des arbitres pour la partie qui les a nommés ? Quels sont les avantages et les inconvénients des tribunaux arbitraux composés d'arbitres uniques ?

La nomination d'un arbitre unique, si elle peut effectivement contribuer à obvier tout risque ou soupçon de partialité de l'arbitre désigné par une partie, ne peut être présentée comme une solution générale, étant surtout adaptée à des litiges dont les enjeux restent limités et dont on peut espérer une résolution moins coûteuse et plus rapide. La pratique montre que l'accord des parties sur la personne de l'arbitre unique est assez peu fréquent, les institutions d'arbitrage intervenant donc largement dans le choix de l'arbitre unique. Or, le groupe de travail rappelle ici encore l'importance accordée en arbitrage à l'autonomie des parties dans la constitution du tribunal arbitral. Cette liberté s'exprime totalement lorsque les parties sont amenées à désigner un arbitre au sein d'une juridiction arbitrale collégiale. Une telle juridiction, à laquelle la pratique démontre que sont confiées le plus volontiers les affaires complexes, offre l'avantage de réunir des expériences variées et complémentaires souvent nécessaires à la résolution acceptable par les parties de leur différend.

6. Selon une étude récente, seulement 40 % des arbitres d'investissement sont des spécialistes confirmés dans le domaine du droit international public. Cette situation est-elle préjudiciable au système de l'arbitrage d'investissement fondé sur des traités interétatiques ? Si oui, comment pourrait-on y remédier ?

Le groupe de travail relève que les questions factuelles sont au moins aussi importantes sinon plus dans la résolution d'un arbitrage en matière d'investissement. Il note que les questions de droit privé peuvent être aussi maltraitées par les arbitres dans leurs sentences alors qu'elles sont tout autant importantes que les questions de droit public. L'association d'un spécialiste du droit public, du droit privé et d'un autre de l'arbitrage ou du règlement des différends internationaux au sens large au sein d'un tribunal collégial représenterait une solution idéale. Le groupe de travail souligne qu'il est difficile d'apporter une réponse consensuelle à la question. Les avis divergent sur la nature des qualifications requises pour juger les affaires dans les investissements. Dans la réalité, l'expérience de la gestion d'un arbitrage est un aspect des plus

importants lors de la désignation d'un président de tribunal, les connaissances juridiques dans tel ou tel domaine sont un élément qui est à l'évidence pris en considération, mais ce n'est pas le seul.

7. Quels seraient les avantages et les inconvénients de l'élaboration de listes d'arbitres, incluses dans les TBI, parmi lesquels les parties ou une institution de nomination devront choisir les arbitres ? A long terme, un tel système pourrait-il contribuer au renforcement de la cohérence de la jurisprudence arbitrale ?

Le groupe de travail souligne qu'il s'agit d'une fausse bonne idée dont il ne résulte aucun avantage parmi ceux recherchés. Il observe que le traité ALENA prévoit la constitution d'une telle liste (art. 1124(4)), mais celle-ci n'a jamais été réalisée. La durée de vie des traités soulève la fiabilité de listes qui devraient être continuellement tenues à jour (disponibilité...). L'inscription sur ces listes, outre qu'elle aura pour conséquence de limiter le nombre des arbitres possibles (et donc de susciter des conflits sur l'indépendance et l'impartialité) alors que l'ouverture est précisément le souci dominant, paraît obéir à un mécanisme incertain, en ce qui concerne la compétence des élus en tout cas. Il est trop souvent remarqué que les considérations politiques ou autres, entièrement étrangères aux exigences élémentaires de l'arbitrage, expliquent les choix effectués sur les listes. Les Etats joueraient un rôle exclusif dans la constitution de ces listes qui poserait directement la question de la compatibilité de ce système de désignation au regard de l'égalité des parties dans la constitution du tribunal arbitral.

La listes étant appelées à varier d'un TBI à un autre, aucune cohérence particulière n'est à espérer dans les décisions qui seront rendues par des tribunaux arbitraux qui seraient composés de cette manière. Il vaudrait mieux pour les rédacteurs de ces traités de s'efforcer de mieux définir les concepts juridiques qu'ils emploient pour éviter les interprétations contradictoires.

8. Dans le cas d'un traité de protection des investissements liant plusieurs Etats (l'Union européenne par exemple), serait-il possible de créer une exception aux règles concernant la nationalité des arbitres (article 38 et 39 de la Convention de Washington par exemple) afin de ne pas exclure la nomination des arbitres qui sont des ressortissants des Etats parties au traité? Si oui, de quelle manière ? Une liste d'arbitres intégrée au traité? (voir question 7 supra) serait-elle apte à résoudre ce problème ?

Le groupe de travail note que la condition de nationalité peut être écartée si les parties en conviennent. La Convention CIRDI (art. 39), le traité de l'ALENA (art. 1125) sont en ce sens. Il suffirait que les Etats donnent leur accord dans le traité. Il ne serait donc pas nécessaire de créer une liste d'arbitres intégrés au traité. Selon une opinion, il conviendrait de distinguer entre les différends auxquels l'Union européenne est partie en raison d'une mesure prise par un Etat membre ou par une institution européenne, la nomination dans le premier cas d'un arbitre ayant

la nationalité d'un autre Etat membre que celui dont l'action est en cause étant parfaitement envisageable.

9. En terme de background des arbitres, serait-il souhaitable de renforcer la nomination d'arbitres issue a) du secteur privé ? (industrie, cabinets de conseils) ; b) du monde universitaire (professeurs) ; ou c) d'autres agents du secteur public (juges, anciens agents publics en charge des questions économiques et/ou juridiques) ?

Le groupe de travail souligne que la compétence, plus que l'origine socio-professionnelle, est la qualité qui devrait être recherchée. Il est difficile de répondre de manière définitive alors que certains arbitres peuvent être mieux préparés pour le jugement de certaines affaires plutôt que d'autres. Il ne semble pas nécessaire en tout cas de privilégier dans l'abstrait un type d'expérience plus qu'un autre. Le groupe de travail souligne que la profession de l'arbitre (et les compétences que celui-ci est présumé avoir en raison de sa profession), n'est qu'un élément de la sélection pour composer un tribunal arbitral. La diversité des expériences représente un avantage réel, que le groupe de travail rappelle pour la constitution d'un tribunal arbitral de manière à bénéficier des plus grandes compétences permettant d'aborder tous les aspects d'une affaire.

NOTE N°4.1 :

L'exécution des sentences arbitrales

BERTRAND DERAINS, ISABELLE HAUTOT, MÉLANIE VAN LEUWEEN

Le but ultime de la procédure arbitrale, la raison pour laquelle les parties investissent argent, temps et efforts, est le rendu d'une sentence par les arbitres et son exécution, dans l'idéal spontanée, mais souvent à l'issue d'une procédure d'exécution forcée, par la partie qui succombe. Cette dernière implique en premier lieu que la sentence soit reconnue dans un pays qui pourra prêter le concours de sa force publique à l'exécution ; elle implique ensuite que soient identifiés sur le territoire de cet État des actifs saisissables.

A cet égard, les sentences CIRDI jouissent d'un régime spécifique, qui ne bénéficie ni aux sentences commerciales, ni aux sentences d'investissement rendues à l'issue d'une procédure autre que CIRDI (sentences *ad hoc*, CNUDCI, CCI, ou SCC).

Ainsi, on sait qu'aux termes de l'article III de la Convention de New York, chaque État contractant prend l'engagement qu'il « reconnaitra 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 ... ». Pour autant, tout contrôle étatique de la sentence ne disparaît pas. Une sentence arbitrale étrangère, sous réserve éventuellement qu'elle ait été rendue sur le territoire d'un autre État contractant, ou qui n'est pas considérée comme nationale, doit en principe être reconnue et est susceptible d'exécution forcée, dans tout État contractant, dès lors qu'une partie présente l'original ou une copie authentifiée de la sentence et de la convention d'arbitrage, mais seulement si le défendeur ne parvient pas à établir qu'elle n'est pas entachée d'un des vices mentionnés à l'article V. La sentence fait donc l'objet d'un contrôle plus ou moins approfondi selon l'interprétation qui y est faite de l'article V dans les États où sa reconnaissance est demandée. De surcroît, la sentence peut le plus souvent faire l'objet d'un recours en annulation dans l'État où elle est rendue, recours certes encadré par la Convention de New York mais régi par le seul droit national. Par comparaison, une des spécificités de la Convention de Washington est qu'elle interdit en principe tout contrôle étatique de la sentence rendue sous l'égide du CIRDI et lui substitue un mécanisme de contrôle unifié sous la forme d'un recours en annulation soumis à un Comité *ad hoc* institué par le CIRDI. Les textes applicables sont :

Art. 53 (1) : La sentence est obligatoire à l'égard des parties et ne peut être l'objet d'aucun appel ou autre recours, à l'exception de ceux prévus à la présente Convention. Chaque partie doit donner effet à la sentence conformément à ses termes, sauf si l'exécution en est suspendue en vertu des dispositions de la présente Convention.

Art. 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. ...

Art. 54 (3) : L'exécution est régie par la législation concernant l'exécution des jugements en vigueur dans l'Etat sur le territoire duquel on cherche à y procéder.

Toutefois, aux termes de l'article 55 : Aucune disposition de l'article 54 ne peut être interprétée comme faisant exception au droit en vigueur dans un Etat contractant concernant l'immunité d'exécution dudit Etat ou d'un État étranger.

Pour autant l'exécution des sentences CIRDI ne laisse pas de créer certaines difficultés tenant à la réticence des tribunaux nationaux à se conformer aux dispositions de la Convention (I). De plus, toutes les sentences d'investissement, lorsqu'elles sont exécutées contre des États, connaissent des difficultés tenant à l'identification d'actifs saisissables ne bénéficiant pas d'une immunité d'exécution (II) ce qui conduit à envisager différentes pistes d'amélioration du régime actuel (III).

I. L'EXÉCUTION DES SENTENCES CIRDI : ÉTAT DE LA JURISPRUDENCE

Peu de sentences CIRDI semblent avoir donné lieu à des difficultés d'exécution rendant nécessaire une demande d'exequatur. Cinq cas notamment ont pu être identifiés.

1. *S.A.R.L Benvenuti & Bonfant c. Gouvernement de la république du Congo, (Cour d'Appel de Paris, 26 juin 1981, Clunet 1981, p. 843, note B. Oppetit).*

Dans cette affaire, une entreprise italienne qui soutenait avoir subi divers dommages du fait de la République du Congo à l'occasion de la construction clefs en main d'une usine de production de bouteilles en plastique avait obtenu une sentence CIRDI en sa faveur. Face au refus du Congo de se conformer à la sentence, elle en a demandé l'exequatur devant le juge français.

Par une décision du 23 décembre 1980, le Président du Tribunal de grande instance a accordé l'exequatur à la sentence mais en l'assortissant d'une interdiction de prendre des mesures d'exécution, ou des mesures conservatoires, sur des biens de l'État situés en France, sans avoir obtenu son autorisation préalable. Saisi d'une demande en rétractation formée par l'investisseur, le juge a alors justifié les modalités restrictives entourant son ordonnance d'exequatur par le risque d'atteinte à la souveraineté d'un État étranger que pourrait comporter une mesure d'exécution forcée (TGI Paris, 13 janvier 1981, Clunet 1981, p. 365, note B. Oppetit).

La Cour d'Appel a condamné cette approche. Par un arrêt du 26 juin 1981, sur le seul fondement de l'article 54 de la Convention de Washington, elle a maintenu l'ordonnance d'exequatur en supprimant ses modalités restrictives. Ce faisant, la Cour s'est fondée sur des considérations de deux ordres.

Dans un premier temps, elle s'est penchée sur le contenu de l'article 54 de la Convention de Washington, et a observé qu'il mettait en place un exequatur simplifié, dans le cadre duquel le rôle du juge serait limité au contrôle de l'authenticité de la sentence. Cette précision est importante, puisqu'elle contraste avec le jugement de première instance qui avait mentionné l'absence de contrariété avec l'ordre public avant d'accorder l'exequatur. Ensuite la Cour d'Appel a rappelé qu'en droit français, l'ordonnance d'exequatur « ne constitue pas un acte d'exécution, mais seulement un acte préalable à un acte d'exécution ». Dès lors, la solution du juge de première instance perdait toute justification et imposait que l'ordonnance d'exequatur soit accordée sans aucune restriction.

2. SOABI c. État du Sénégal, Cour d'Appel de Paris, 5 décembre 1989, Clunet 1990, p. 141, note Emmanuel Gaillard, 117 ; Cour de Cassation 1^{ière} Chambre Civile, 11 juin 1991, Clunet 1991, p. 118, note Emmanuel Gaillard.

Dans cette affaire, le demandeur, SOABI, avait obtenu à l'encontre du Sénégal une sentence CIRDI en sa faveur. Il en demanda l'exequatur en France, où le Tribunal de Grande Instance de Paris le lui accorda le 14 novembre 1988.

Par un arrêt très critiqué en date du 5 décembre 1989, la Cour d'Appel a infirmé l'ordonnance et refusé l'exequatur sur le fondement de l'article 1502, al. 5, ancien, du CPC, au motif qu'en signant la Convention de Washington, le Sénégal n'avait renoncé qu'à son immunité de juridiction et non à son immunité d'exécution laquelle est de principe en droit français, que le demandeur à l'exequatur n'avait pas établi que l'exécution de la sentence porterait sur des biens échappant à l'immunité d'exécution, et que l'exécution de la sentence en France heurterait l'ordre public international en ce qu'elle serait contraire à ce principe d'immunité.

Par un arrêt en date du 11 juin 1991, la Cour de cassation a cassé sans renvoi. Elle a estimé que l'État étranger qui s'est soumis à la juridiction arbitrale, a par là-même accepté que la sentence puisse être revêtue de l'exequatur, lequel ne constitue pas en soi un acte d'exécution de nature à provoquer l'immunité d'exécution de l'État concerné, et que la Convention de Washington a institué un régime autonome et simplifié de reconnaissance et exécution des sentences qui exclut l'application du droit commun et des voies de recours relatives à l'arbitrage commercial.

3. Liberian Eastern Timber Corporation v. The Government of the Republic of Liberia (U.S. District Court for the Southern District of New York, 12 December 1986 in 26 I.L.M. 695, note Delaume; U.S. District Court for the District of Columbia, 16 avril 1987, 659 F.Supp. 606).

Un investisseur bénéficiant d'une sentence CIRDI contre le Liberia cherchait à en obtenir l'exécution aux États-Unis.

Faisant application de l'article 54 de la Convention de Washington, la *U.S. District Court for the Southern District of New York* a considéré, le 5 septembre 1986, qu'il devait être donné à la sentence arbitrale la même force et les mêmes effets qu'un jugement national passé en force de chose jugée. Un titre exécutoire a alors été délivré par l'autorité compétente le 25 septembre 1986.

Le gouvernement du Libéria a formé un recours à l'encontre des deux décisions. Par une décision du 12 décembre 1986, le juge américain a adopté une solution similaire à celle des juges français. Dans un premier temps, il s'est déclaré compétent *rationne materiae* sur le fondement de l'article 54 de la Convention de Washington qui impose aux États parties, et donc aux États-Unis de reconnaître les sentences CIRDI. Il s'est de plus reconnu compétent vis-à-vis du Liberia, en dépit de l'immunité dont bénéficient les États : en consentant à l'arbitrage sous l'égide du CIRDI, alors qu'il savait que le même article 54 oblige les États à reconnaître les

sentences et à en assurer l'exécution, il a implicitement renoncé à s'opposer à la compétence des juridictions nationales chargées de contrôler cette exécution.

En revanche, au-delà de la reconnaissance et de l'exequatur de la sentence arbitrale, le juge américain a jugé que le gouvernement du Liberia n'avait pas renoncé au bénéfice de l'immunité d'exécution telle qu'elle est définie par le droit américain. Dès lors, le titre exécutoire devait être infirmé puisqu'il portait en l'espèce sur des revenus fiscaux servant au fonctionnement du gouvernement du Liberia (*U.S. District Court for the Southern District of New York*, 12 décembre 1986, 26 I.L.M. 695). Une solution en tous points similaire a été prononcée le 16 avril 1987, lorsque le même investisseur a voulu obtenir un titre exécutoire dans le district de Columbia portant sur les comptes de l'ambassade. Dans cette espèce, l'exécution a été refusée au motif que les fonds visés servaient, au moins en majeure partie, au fonctionnement de l'ambassade du Libéria aux États-Unis et étaient donc protégés par la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, comme par le droit fédéral sur les immunités (*U.S. District Court for the District of Columbia*, 16 avril 1987, 659 F.Supp. 606).

4. *AIG Capital Partners Inc v. Kazakhstan, [2005] EWHC 2239.*

AIG Capital Partner a rencontré les mêmes difficultés pour faire exécuter en Grande-Bretagne une sentence CIRDI prononcée en sa faveur contre le Gouvernement du Kazakhstan.

La reconnaissance de la sentence comme ayant la même force et les mêmes effets qu'un jugement national n'a pas posé de difficultés particulières devant le juge anglais. Ce sont les mesures d'exécution à l'encontre d'un tiers détenant des fonds pour le compte de la National Bank of Kazakhstan, la banque centrale du Kazakhstan, qui ont retenu son attention. En effet, aux termes de la loi relative aux immunités d'État de 1978 (State Immunities Act 1978, Section 14(4)), la propriété d'une banque centrale est réputée ne pas servir de fins commerciales et à ce titre ne peut faire l'objet de mesures d'exécution.

La solution de la High Court s'est voulue sans ambiguïtés. Après avoir constaté que l'article 54 de la Convention de Washington imposait aux États parties d'exécuter les sentences CIRDI comme s'il s'agissait d'un jugement national, elle a rappelé les termes de l'article 55 qui stipule que la Convention n'affecte pas les dispositions nationales relatives aux immunités d'État.

Dans ce contexte, les juges anglais ont considéré que les mesures d'exécution devaient être infirmées. Ils se sont fondés notamment sur la généralité du texte en cause. Considérant que la volonté du Parlement avait été de garantir une immunité d'exécution complète sur les biens d'une banque centrale, le fait que les fonds soient détenus par un tiers, ou qu'à terme ils bénéficient à l'État du Kazakhstan, ne pouvait avoir aucune incidence. De façon additionnelle, les juges ont précisé que même s'il avait été admis que les fonds constituaient la propriété de l'État du Kazakhstan, ils auraient été protégés par l'immunité d'exécution dès lors que les fonds étaient destinés à assurer la gestion des revenus et de l'économie du pays. Enfin, les juges n'ont pu relever de relation contractuelle suffisante entre le tiers détenant les fonds pour la banque centrale et l'État du Kazakhstan, de sorte que la relation de débiteur-créditeur

nécessaire pour autoriser une mesure d'exécution à l'encontre du débiteur d'un État n'était pas présente.

5. *Blue Ridge Investments, LLC v. The Republic of Argentina (U.S. District Court for the Southern District of New York, 30 septembre 2012).*

Dans cette affaire, se fondant sur l'article 54 de la Convention, le juge américain apporte une solution similaire à celle donnée dans l'affaire *AIG* précitée, et la prolonge.

Dans le contexte de l'affaire *CMS c. Argentine*, après l'échec de son recours en annulation de l'Argentine, la société *CMS* a cédé la sentence à *Blue Ridge Investments* qui a ensuite tenté d'en obtenir l'exécution aux États-Unis.

L'Argentine s'y est alors opposée en se fondant sur son immunité mais aussi sur le fait que le demandeur à l'exécution n'était pas partie à l'arbitrage CIRDI et que donc l'article 54 alinéa 2 de la Convention de Washington ne devrait pas s'appliquer. De plus, l'Argentine arguait que *Blue Ridge* était prescrite, étant donné la prescription d'un an concernant l'exécution des sentences arbitrales en vigueur dans l'État de New York. Tous ces arguments ont été rejetés.

Le juge américain a commencé par se fonder sur la Convention de Washington pour justifier sa compétence et la renonciation par l'Argentine à son immunité, et d'autre part, la reconnaissance à la sentence d'une même force et des mêmes effets qu'à un jugement national.

Il a ensuite considéré que l'article 54 alinéa 2 de la Convention devait trouver à s'appliquer quand bien même l'action devant lui avait été engagée par un cessionnaire d'une partie à l'arbitrage. À cet égard, le juge américain a constaté que le mot « partie » n'avait pas toujours la même signification dans la Convention de Washington. Conformément à la Convention de Vienne sur le droit des traités, il s'est alors appuyé sur l'objectif de la Convention, c'est-à-dire assurer l'efficacité des sentences, pour conclure que, comme pour un jugement de l'État de New York, le cessionnaire d'une sentence CIRDI est en droit d'en rechercher l'exécution au titre de l'article 54 de la Convention.

Enfin, concernant le délai de prescription pour obtenir l'exécution d'une sentence CIRDI, le juge américain a rappelé que la Convention de Washington impose de donner à la sentence les mêmes effets qu'à un jugement national. Ainsi, c'était la prescription de vingt ans propre aux jugements de l'État de New York qui devait trouver à s'appliquer dans la présente affaire

II. LA RÉALISATION DE L'EXÉCUTION

Au regard de ce qui précède, il apparaît que les juridictions nationales saisies de demandes de reconnaissance de sentences CIRDI, en dépit de certaines difficultés rencontrées en France, ont accepté de renoncer aux voies de recours contre les sentences mises en place pour les sentences commerciales et de faire application de l'article 54.

On a vu qu'il en allait différemment pour les sentences rendues en matière d'investissement mais sous un autre régime que celui de la Convention de Washington. Dans l'affaire *Walter Bau*

c. le Royaume de Thaïlande, par exemple, la Cour Suprême allemande a infirmé une décision reconnaissant, après la saisie d'actifs thaïlandais en Allemagne, une sentence CNUDCI au motif que la sentence portant sur un acte de souveraineté de l'État thaïlandais le premier juge aurait dû s'assurer que le Royaume s'était volontairement soumis à la compétence des juridictions allemandes, la mention dans le TIB germano-thaïlandais que la sentence « serait exécutée en conformité avec le droit local » n'était pas suffisante (source : *Global Arbitration Review*).

Par ailleurs, quelque soit le type d'arbitrage ayant abouti à la sentence dont l'application est recherchée, les difficultés rencontrées ont surtout pour origine la difficulté d'identification de biens saisissables contre des États souverains. L'importance de cette difficulté ne doit cependant pas être surestimée.

En premier lieu, elle n'est pas spécifique à l'arbitrage d'investissement et se rencontre dans les mêmes termes lorsqu'il s'agit de sentences commerciales impliquant un État débiteur.

De surcroît, bien qu'il soit difficile à interpréter, le faible nombre de cas connus dans lequel une partie a recherché l'exécution forcée incline à penser que les États tendent à exécuter spontanément les sentences (en ce sens, Guido Santiago Tawil : *Binding Force and Enforcement of ICSID Awards : Untying Articles 53 and 54 of the ICSID Convention, 50 Years of the New York Convention*, ICCA's Congress Series no 14,p.327) ou que les parties trouvent d'autres solutions que le recours à l'exécution forcée pour obtenir l'exécution de leurs sentences, ou du moins en tirer un bénéfice. Il semble ainsi que l'affaire *Benvenuti & Bonfant c. Congo* ait fait l'objet d'une transaction après l'obtention de l'exequatur en France.

Plus généralement, une partie peut avoir un intérêt en soi à l'exequatur pour solliciter ensuite de la part de l'État dont elle est ressortissante l'exercice de la protection diplomatique ; procéder à des saisies contre des tiers débiteurs de l'État défaillant ; exercer des pressions par l'intermédiaire d'instituts de financement ...

III. DES AMÉLIORATIONS ENVISAGEABLES

Toutefois, certains États, tels la République russe, ou l'Argentine dont la position est que les sentences CIRDI doivent être soumises à ses juridictions locales pour devenir exécutoires, ont la réputation de tout simplement s'abstenir de se conformer aux sentences rendues à leur encontre. Ces comportements ne sont peut-être que les prémices de réactions « anti – arbitrage », en particulier de la part des pays d'Amérique Latine qui sont de plus en plus nombreux à critiquer ou dénoncer la Convention de Washington. Dès lors peut-on envisager des réformes qui faciliteraient l'exécution forcée des sentences, ou tout au moins pourraient inciter les États à se conformer aux sentences arbitrales rendues à leur encontre.

1. Une première approche tient à la divergence de régime déjà observée entre les sentences CIRDI et les autres sentences d'investissement dont la reconnaissance est le plus souvent régie par la Convention de New York. La question de la possibilité et de l'opportunité d'améliorer ce régime est discutée depuis longtemps et de nombreuses options ont été explorées.

Ainsi, en 1998, le Professeur Fouchard, tout en notant la difficulté que représentait toute modification de la Convention de New York, faisait valoir que « pour accroître l'efficacité de la

sentence, il faut et il suffit de la traiter comme une sentence internationale. Ceci implique non pas de supprimer toute localisation, mais de réduire fortement le rôle du siège de l'arbitrage dans le déroulement et la sanction de celui-ci [...] » (Ph. Fouchard : «*Suggestions pour accroître l'efficacité internationale des sentences arbitrales*», *Rev. arbitrage*, 1998, p. 653).

Le Professeur van den Berg, pour sa part, lors de la conférence de l'ICCA de Dublin en 2008 a présenté une *Hypothetical Draft Convention*, qui se voulait une modernisation de la Convention de New York et qui proposait notamment de modifier l'article III, relatif à la procédure d'exequatur, en supprimant la référence aux règles de procédures suivies dans le territoire où la sentence est invoquée, pour se référer uniquement aux conditions mentionnées par la Convention elle-même (50 Years of the New York Convention, ICCA's Congress Series no 14, p. 649), et l'article V, relatif aux conditions justifiant un refus d'exequatur.

D'autres solutions, plus ambitieuses ont pu être proposées. Dans son article précité, le Professeur Fouchard, évoquait ainsi, après d'autres, la création d'un organisme international unique de contrôle des sentences arbitrales rendues en matière internationale, à qui serait confié la compétence exclusive d'annuler ou de déclarer exécutoire une sentence internationale, sur le modèle des comités ad hoc de la Convention de Washington ou de la Cour internationale créée par le traité OHADA.

L'ancienneté de ces propositions, dont certaines remontent à 1961 montrent néanmoins la difficulté de leur mise en œuvre.

2. Une seconde série de réformes tient non plus à la reconnaissance des sentences mais à leur exécution proprement dite.

On peut ainsi envisager de conditionner tout recours en annulation à la consignation de la somme à laquelle le recourant a été condamné, ou à tout le moins une partie de cette somme, sur un compte séquestre portant intérêt. En l'état du droit, les articles 52(5) de la Convention de Washington et 54 du Règlement d'arbitrage CIRDI permettent au comité *ad hoc* de suspendre l'exécution d'une sentence dans l'attente de sa décision ; dans l'affaire *Lemire c. Ukraine* le comité a fait droit à cette demande mais a ordonné le séquestre des sommes dont le paiement était ordonné par la sentence dans un certain délai, à défaut de quoi la suspension serait levée. La généralisation de cette solution, qui facilite l'exécution de la sentence si elle est confirmée, tout en préservant les droits du demandeur au recours en annulation paraît souhaitable. Elle n'est toutefois efficace que si l'État craint qu'une exécution forcée, bien que difficile en pratique, ne soit possible. Conditionner le recours en annulation à un séquestre des sommes en jeu ou à la fourniture d'une garantie d'exécution renforcerait cette efficacité, tout en dissuadant les recours dilatoires, mais nécessiterait une modification de la Convention de Washington et du Règlement d'arbitrage CIRDI, ce qui peut paraître difficilement envisageable puisqu'une telle modification exigerait, aux termes de l'article 66 de la Convention, une décision à la majorité de deux tiers du Conseil d'Administration, ainsi que la ratification, l'acceptation et l'approbation de la modification par la totalité des États membres de la Convention.

Une autre solution, moins contraignante, serait de rendre publique la phase d'exécution de la sentence, comme le sont aujourd'hui, sous réserve de l'accord des parties, les différentes

phases de la procédure arbitrale dans le système CIRDI. Rendre notoire qu'un État ne se conforme pas, et ce de façon récurrente, à ses obligations telles que reconnues par une sentence arbitrale serait susceptible de dissuader bon nombre d'investisseurs d'investir dans cet État (à cet égard, on notera que le comité dans l'affaire *Lemire c. Ukraine* a notamment motivé sa décision d'ordonner le séquestre des sommes litigieuses par l'observation que l'Ukraine n'exécutait pas spontanément les sentences rendues à son encontre) et partant d'inciter les États à exécuter les décisions prononcées à son encontre.

3. Une dernière piste qui vient à l'esprit repose sur une uniformisation du régime international de l'immunité d'exécution des États, visant à la restreindre aux actifs liés à l'exercice de la souveraineté. Les difficultés que rencontre la ratification de la Convention des Nations unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens témoignent cependant du peu de chance de succès, à court terme, d'une telle approche. Peut-être serait-il alors plus réaliste que les États traditionnellement « investisseurs » négocient dans le cadre des traités bilatéraux qu'ils concluent une renonciation partielle à l'immunité d'exécution ?

NOTE N°4.2 :

State Immunity from Execution: a brief overview

THOMAS BACONIN, ISABELLE HAUTOT

INTRODUCTION

Although the New York Convention provides the foundation of International Arbitration, it leaves the issue of execution of awards to “[...] the rules or procedure of the territory where the award is relied upon” (Article III). Even if a foreign investor obtains a favorable arbitral award and seeks to enforce it against the state assets located in another state, the assets may be subject to immunity from execution under **the law of the state where the asset is sought to be recovered**.

The general rule of absolute state immunity from execution has known a growing trend toward a more restrictive approach. The doctrine of restrictive immunity, which provides with possibilities of implicit or explicit waiver of immunity, has affirmed itself in many countries including France, the UK, the USA, Australia, Canada, Switzerland, Germany, Austria, Sweden, Belgium, and the Netherlands which have all embraced this doctrine. Some of them have even included the doctrine of restrictive state immunity from execution in their legislations: the UK with the UK State Immunity Act 1978, the USA with the Sovereign Immunities Act of 1976, Canada with the Canadian State Immunity Act of 1985, and Australia with the Australian Foreign Sovereign Immunities Act of 1985. Countries which have rejected this doctrine and still opt for an absolute State Immunity include Brazil, several Latin American and Asian countries.

Following French and German jurisprudence, this trend materialized in 2004 with the adoption of the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property. However, to this day, this Convention has not entered into force. There are currently 28 signatories to this Convention, which requires 30 ratifications to enter into force.

By dissenting from the doctrine of absolute immunity, the doctrine of restricted immunity enables the execution of foreign awards or judicial decisions against the assets of a foreign state under two alternative conditions:

- that the foreign state has waived its right to immunity (explicitly or implicitly, if the national law so allows),
- or, that the assets were assigned to a commercial purpose and were used by the foreign State in its acts *Jure Gestionis*. Foreign assets assigned to a State’s exercise of sovereignty and used in the State’s *Jure Imperii* would remain under the protection of a State’s immunity from execution notwithstanding any waiver.

I. FRANCE:

A. FRANCE: WAIVER OF IMMUNITY FROM EXECUTION

- State Immunity from execution remains the principle in France, however exceptions are possible when a State waives its immunity:

A waiver of immunity will facilitate the attachment of seizable assets to the State. Seizing public assets will then depend upon the public or private nature of the activity to which the assets “in relation to the dispute” are assigned (*Civ 1, 6 february 2007, n°04-13.108 and 04-16.889*).

- An implicit waiver of immunity MAY be found in a State's consent to ICC arbitration:

In France, the rules regarding waivers of immunity were crystalized in the final decision of the Paris court of Appeal in the *Creighton* case (*C, 12 December 2001*). The Cour de Cassation, followed by the Court of Appeal, established that a Foreign State could waive its immunity, albeit implicitly, when giving its consent for arbitration.

In *Creighton*, the litigious contract involved an arbitration clause referring to the ICC rules, which state in article 34 that “By submitting the dispute to arbitration under the Rules, the parties undertake to carry out any award without delay and shall be deemed to have waived their right to any form of recourse insofar as such waiver can validly be made.” Article 34 has been interpreted by the French Courts as a waiver of immunity from execution.

The Cour de cassation decision in *Creighton* was the first tribunal to find an implicit waiver of immunity from execution in a State's consent to arbitration. However, the specific circumstances of the *Creighton* case do not allow interpreting consent for arbitration as an automatic waiver of immunity (*Cayman Islands v. Minister of Finance and Minister of Internal Affairs and Agriculture of the Government of the State of Qatar (“Creighton”), Paris 11 june 1998; Cass. civ. 1re, 6 july 2000, CA 12 december 2001*).

B. FRANCE: ASSETS ASSIGNED TO ACTIVITIES JURE GESTIONIS:

- Public assets assigned to activities Jure Gestionis may be seized...

The case *Société Eurodif* sets the rule that the assets against which a decision can be enforced are “the asset affected to an economic or commercial activity falling within the scope of private law which gave rise to the legal claim” (*Cass. civ. 1re, 14 mars 1984, Société Eurodif c. République islamique d'Iran*).

Thus, the Cour de Cassation establishes the scope of the rule of immunity from execution only to the extent that the seized assets are attributed to the *Jure Imperii* activities of a Foreign State. In light of this principle, an act of *Jure Gestionis* does not provide a Foreign State with the benefit of immunity from execution (*Cass. civ. 1re, 19 november 2008*). It stems that the

difficulty is to determine firstly whether an asset is attached to the activity of the State, and secondly whether it assigned to the State's activities *Jure Gestionis* or *Jure Imperii*.

- **... unless such public assets are controlled by a state entity autonomous from the State:**

In the case *Sonatrach v. Migeon* the Cour de Cassation ruled that when a public body (in this case a public enterprise) has a separate legal personality than that of the State, its assets may be seized unless the public body can demonstrate that the assets were assigned to an activity *Jure Imperii* instead of a private activity, *Jure Gestionis*. Despite the separate legal personality, Sonatrach was not considered as autonomous from the Algerian state. (Cass. civ. 1re 1 october 1985).

In the *Noga* decision, a ship (The Sedov) belonging to a public entity (the State Technical University of Mourmansk) with a separate legal personality from that of the Foreign State's could not be attached to the State's activity and therefore could not be seized. Under Russian law, the Technical University of Mourmansk was deemed to have a separate legal personality than that of the Russian State, and to have full autonomous control over the boat, therefore, the boat did not constitute a seizable asset belonging to the Foreign State. By contrast with the *Sonatrach v Migeon* decision, the full autonomy of the public state entity led the *Noga* tribunal to consider the Technical University of Mourmansk as a Third Party. (CA Rennes, 27 juin 2002).

In light of those cases, control by the Foreign State or assimilated legal personalities would allow for attaching the assets to the State's activity.

- **Assets attached to diplomatic activity may be excluded from immunity, when such assets have been explicitly listed in the waiver of immunity from execution:**

In *Quinzy v RDC*, the Paris Court of Appeal, acknowledged that assets found on the bank accounts of a diplomatic mission could be seized as long as the explicit waiver of immunity from execution mentioned such assets unequivocally (*Quinzy v RDC, Paris 27 June 1996*).

Thus, unless a waiver of immunity from execution has unequivocally included assets assigned to a diplomatic activity, such assets remain under the protection of diplomatic immunities. A general waiver of immunity from execution will be insufficient to deduce that assets assigned to diplomatic activities are included in the waiver (*CA Paris, 10 August 2000*).

- **When assets have no direct relation to a State's diplomatic activity, they should be considered as simple acts *Jure Gestionis*:**

The failure to pay the accommodation charges of a building hosting diplomatic personnel but not affected to embassy services was deemed to fall beyond the scope of immunity from execution and as it constituted an act *Jure Gestionis* (Cass. civ. 1re, 25 january 2005, *République démocratique du Congo*).

Similarly, a French Tribunal had ordered the destruction of a wall bordering the German embassy by German Authorities, the non-destruction of this wall was deemed an act *Jure Gestionis* (Cass. civ. 1re, 19 november 2008).

- **Assets located in bank accounts are presumed to be assigned to an activity *Jure Imperii*:**

Funds located in accounts belonging to a Foreign State are presumed to be assigned to a public activity. Therefore, if no distinction between the activities to which the funds are assigned can be done, French tribunals have held that State Immunity from Execution is presumed to affect the entirety of the account. Funds located in Central Banks or assigned to monetary authorities are subject to article L-153-1 (article 51 of the law n°2005-842 dated 26 July 2005) which states that “assets of any nature, including currencies from currency reserves that central banks or foreign monetary authorities hold or manage for their own account or that of the State or Foreign States from which they depend may not be seized” unless those assets have been assigned to an activity falling within the scope of private law (*CA Paris; 17 september 2009, Noga; TGI Paris, JEX, 7 March 2008, Natixis*).

The burden of proof for distinguishing the nature of the activity to which the funds are allocated lies with the party seeking execution. (*TGI Paris 5 march 1979, Procureur de la République v LIAMCO; T. com La Rochelle, 31 october 1947*)

II. USA

A. USA: WAIVER OF IMMUNITY FROM EXECUTION:

- **The United States have enacted the FSIA (Foreign Sovereign Immunities Act) in 1976:**

Sections 1610 and 1611 set the exceptions to immunity from attachment or execution: Paragraphs §1605 (a)(1) and § 1610(a)(1) provide that a state may waive its immunity, either explicitly or “by implication”.

- **A general waiver should be interpreted as a waiver from jurisdictional immunity only:**

Although separate waivers are generally required for waiving a State’s jurisdictional immunity and a State’s immunity from execution, this two-step process may be expressed in a single waiver clearly taking into account both steps, as in *Enron Equipment Procurement Co. v The M/V Titan 2*, where an American tribunal confirmed a 1982 precedent (*Libra Bank Limited v Banco national De Costa Rica*), confirming that a foreign sovereign may waive immunity by using a phrase such as it has “irrevocably and unconditionally waived any right or immunity from legal proceedings including suit judgment and execution on grounds of sovereignty which it or its property may now or hereafter enjoy” (82 F. Supp.2d 602 1999, *United States District Court, W.D Louisiana Lake Charles Division, December 13, 1999*).

- **Courts rarely find that a nation has waived its sovereign immunity without strong evidence that this was what the foreign state intended:**

The legislative history of the FSIA states that implicit waivers are ordinarily found in three situations: (1) a foreign state agrees to arbitrate in a foreign country, (2) a foreign state agrees to a contract governed by the laws of a particular country, or (3) if the state files a responsive pleading without raising the immunity defense. (*In the Report of the House of Representatives; H.REP. NO. 1487, 94TH CONG.2D SESS. 18, reprinted in 1976 U.S.C.C.A.N. 6604, 6617*)

Other implicit waivers are provided for in § 1610(f), the execution of judgments relating to a claim for which a foreign state is not immune under the FSIA.

- **An implicit waiver of immunity MAY be found in a State's consent to ICC arbitration**

In line with the French *Creighton* decisions, which has affirmed the principle according to which consent to ICC arbitration amounts also to a waiver of immunity from execution by virtue of what is now article 34 of the 2012 rules, the American Fifth Circuit Court of Appeals confirmed the interpretation of article 34 as an implied waiver of immunity from execution.

In the Case *Walker International Holdings Ltd v. The Republic of Congo*, the Court of Appeals recognized that in addition to an explicit contractual waiver of immunity (“the Congo hereby irrevocably renounces to claim any immunity during any procedure relating to any arbitration decision handed down by an Arbitration Court ...”), the Republic of Congo’s consent to abide by the ICC rules results in an “explicit waiver of its sovereign immunity”. Garza J’s decision in *Walker* may be interpreted as a two steps waiver; on the one hand, the explicit contractual waiver resolved the issue of immunity of jurisdiction, on the second hand consent to the ICC rules, should be interpreted as a waiver of immunity from execution. However, short of an explicit reasoning, Garza J’s decision leaves room for interpretation. (*Walker International Holdings Ltd v. The Republic of Congo*, 395 F.3d 229 (5th Cir) (2004))

In a previous case, the American enforcement procedure of enforcement of the *Creighton* award, the US Court of Appeals found “that a State’s consent to waive its immunity from execution could not be found in consent to ICC arbitration when the State is not party to the New York Convention of 1958”. The court stated that: a non-Convention State cannot be said to be “making a representation to each Convention State that it consents to the enforcement against it in the Convention State of such arbitral award as may be made”. Qatar signed the 1958 New York Convention in 2003 (*US Court of Appeals, District of Columbia, 2 July 1999, reported in Yearbook XXV (2000) pp. 1001-1013 (US no. 320)*).

The English dissent was followed by the Hong Kong High Court and Court of Appeal in *FG Hemisphere Associates LLC (US) v Democratic Republic of Congo and others* (10 February 2010).

B. USA: ASSETS ASSIGNED TO ACTIVITIES JURE GESTIONIS

- FSIA paragraph § 1610 specified that execution may be sought only against property which is or was used for the purpose of commercial activity.

§ 1611 lists the assets which may not be seized under any circumstances. These assets represent the assets assigned to activities *Jure Imperii*. Thus limiting the scope of exceptions to immunity from execution.

§ 1611 includes, the property of those organizations designated by the President as being to benefit from an immunity, assets listed in the International Organizations Immunities Act, the property of foreign central banks or monetary authorities held for its own account (unless explicit waivers have been provided), property, used in connection with a military activity of a military character, or under the control of a military authority or defense agency. "

- Assets which fall beyond any scope of immunity from execution include:

Property which has been taken in violation of international law or which has been exchanged for property taken in violation of international law,

When the execution relates to a Judgment establishing rights in property which is acquired by succession or gift, or which is immovable and situated in the United States: "provided that such property is not used for purposes of maintaining a diplomatic or consular mission or the residence of the Chief of such mission".

III. UNITED KINGDOM

A. UK: WAIVER OF IMMUNITY

Similarly to the United States, the UK has enacted a Sovereign Immunities Act in 1978. Reputedly simpler as a textual matter than the American FSIA, UKSIA has developed a stricter approach to immunities from execution.

- The UKSIA requires an express written waiver by a foreign state in order to allow for a waiver of immunity from execution (UKSIA §13(3)):

For example: "The Ministry of Finance hereby waives whatever defense it may have of sovereign immunity for itself or its property (present or subsequently acquired)" was upheld as a valid express contractual waiver. (*A Company v Republic of X* [1990] 2 Lloyds Rep 521)

- The UKSIA does not allow implicit waivers of immunity from execution.

An example of the UKSIA's refusal of implicit waivers resulting from consent to ICC arbitration can be found in the cases *Orascom Telecom Holding*, and the HK *FG Hemisphere* case.

The Orascom Telecom Holding case:

The English High Court in *Orascom Telecom Holding* (2008) observed that the Tribunal in *Walker* did not rely solely upon an interpretation of article 34 (as of 2012) of the ICC rules, but also on the written agreement where the Republic of Congo waived its right of immunity, including that of execution. The *Orascom* tribunal also pointed out the differences in legislative provisions between the American FSIA, French Case Law and the English SIA, founding that the English SIA exception to State Immunity can only be found in s13(4) as regards to assets destined to commercial activities, and that therefore, lacking enough interpretation of French or American Jurisprudence, the English tribunal could not extend the meaning of the ICC rules beyond the scope of the statutory provisions of the SIA.

The Hong Kong FG Hemisphere Associates LLC (US) v. Democratic Republic of the Congo and others case:

Following the retrocession of HK to the PRC in 1997, no statute was voted to fill the gap left by the UKSIA, no longer part of HK law. Since 1997, the Common Law – based on the past applications of the UKSIA – applies to HK law on immunities from execution (and not the Chinese “Organizations and Diplomatic Privileges Ordinance Cap. 190). Therefore, the FG decisions represents a good example of UKSIA based jurisprudence.

Contrary to the French (in the French *Creighton* decisions), or the less explicit American (in *Walker*) positions, Common Law based on the UKSIA is extremely reluctant to find explicit waivers of immunity from execution in a State’s consent to ICC arbitration. In the *FG Hemisphere* case, FG submitted that the DRC's submission to the arbitration process constituted a waiver of any claim for immunity from that process, including its final stage, leave for enforcement.

The court of Appeal did not find a waiver of immunity from execution in Congo’s consent to ICC arbitration. It recognized a waiver of immunity from jurisdiction solely, and considered that consent to arbitration on its own did not amount to a waiver of immunity from execution. In particular, on the ground that Congo was not a member of the NY Convention of 1958 and thus, quoting the US Court of Appeals decision in *Creighton*, it noted that “by agreeing to ICC arbitration in a Convention State a non-Convention State cannot be said to be making a representation to each Convention State that it consents to the enforcement against it in the Convention State of such arbitral award as may be made”. A separate waiver would necessarily be required for a non-Convention state to waive its immunity from execution. (*Hong Kong No. 24, FG Hemisphere Associates LLC (US) v. Democratic Republic of the Congo, China Railway Group (Hong Kong) Limited and others, High Court of the Hong Kong Special Administrative Region, Court of Appeal, Civil Appeal No. 373 of 2008, 10 February 2010*)

B. UK: ASSETS ASSIGNED TO ACTIVITIES JURE GESTIONIS

- **Only assets assigned to a commercial purpose fall beyond the scope of state immunity from execution, the commercial purpose must be assessed at the time of the claim:**

The UKSIA of 1978 concerns only proceedings related to Commercial Transactions. In other words, the property in question must be used or intended to be used exclusively for commercial purposes related to the proceedings. This requirement is exclusive under English law, therefore

is the assets are not assigned to this exclusive use, they remain under the protection of the State's immunity from execution. Consequently, property belonging to a state's central bank or other monetary authority cannot not be deemed to be property used or intended to be used for commercial purposes. The presumption under English law is an absolute one, whereas under French law the presumption can be rebutted.

The recent decision in SerVaas provides additional guidance as to the definition of "commercial purpose" under English law. The assets must be assigned to a commercial purpose at the time of the claim, any question as to the origin of the asset is irrelevant. When an asset is a "debt", the courts will assess the use to which the state had chosen to put the property (Alcom Ltd v Republic of Columbia, [1984] AC 580; SerVaas Incorporated v Rafidain Bank and others [2012] UKSC 40)

- **A separate public entity is not ordinarily entitled to the immunities attached with the exercise of sovereign authority:**

A recent decision of the Privy Council identified a separate public entity as one where neither it nor the State should have to bear each other's liability. It would usually have its own management and budget, its own separate juridical personality. This presumption would rarely be rebutted. However, it remains difficult to pierce the corporate veil in the UK to link a corporation to a State. English courts require that a State interfered or behaved with the state-owned entity in such way where it would be appropriate to look through or past the entity to the State. (La Générale des Carrières et des Mines v FG Hemisphere Associates LLC [2012] UKPC 27)

- **The Vulture Funds Act may limit a state's liability:**

Enacted in 2010 in the UK the Debt Relief (Developing Countries) Act or "Vulture Funds Act" places a cap on the amount that commercial creditors may recover on the debt of the 40 countries qualifying for the World Bank and IMF Highly Indebted Poor Countries Initiative ("HIPC"). On a country by country basis, the cap amounts to a reduction of 67 to 90% of the original value of the obligation.

So far only Belgium, the Jersey Isles, Isle of Man, Australia and Guernsey have enacted such legislation.

Other Common Law jurisdictions like Canada and Australia have their own singularity. Both Australia and Canada have enacted their immunity acts in 1985.

IV. CANADA AND AUSTRALIA

Canada with the Canadian State Immunity Act of 1985, Australia with the Australian Foreign Sovereign Immunities Act of 1985 have both taken their autonomy from the British solutions.

A. AUSTRALIA

- The Australian SFIA may resemble a simplified version of the UKSIA:

According to the Australian Foreign Sovereign Immunities Act (SFIA) a waiver of immunity from execution may be done by “agreement” (s31). Commercial property is not concerned by State Immunities:

No other requirements are mentioned in the SFIA as to the nature of the agreement and there are no references to implied waivers. The Summary of Recommendations and Draft Legislation of the FSIA however prohibits implied waivers of immunity. (Summary of Recommendations and Draft Legislation on Foreign State Immunity, § 33, *reprinted in* 23 I.L.M. 1398 (1984))

- Commercial property is defined as such property “in use by the foreign state concerned substantially for commercial purposes” (s32(3)(a))”.

B. CANADA

- An implicit waiver of immunity MAY be found in a State’s consent to the UNCITRAL arbitration rules:

An arbitration clause may result in a waiver of immunity from execution: in *Collavino Inc v. Yemen Tihama Development Authority* (2007) The Alberta Queen’s Bench concluded that a public entity had waived immunity for enforcement purposes pursuant to s.12 of the CSIA by agreeing to international commercial arbitration. “Otherwise the effect of an Award could be thwarted by successfully claiming state immunity in jurisdictions where [the public entity] has exigible assets” (*Collavino Inc v. Yemen Tihama Development Authority*) (2007) ABQB 212).

- The Canadian State Immunity Act (CSIA) presents similarities to the US FSIA:

The assets against which execution may be sought are similar as in the American statute: property used or intended to be used for a commercial activity is not immune from attachment and execution. Assets found in Foreign central banks or monetary authorities would not be immune if such assets were used or intended for a commercial activity.

V. FUTURE PROSPECTS

- Should implicit waivers be found in arbitration rules other than the ICC?

Although no specific mention is made of the UNCITRAL rules in the Alberta Queen’s Bench argumentation in *Collavino*, it may be useful to quote Lady Hazel Fox QC (in *The Law of State*

Immunity, 2nd Ed. 2008 Pp. 266-267): “When the State has in addition committed itself under institutional rules such as the ICC Arbitration or is a party to the New York or UNCITRAL Conventions, all of which instruments impose obligations on the party to honour any arbitral award rendered, an even stronger case of implied waiver of immunity from execution of the award can be argued”.

Indeed, in article 34(2) of the UNCITRAL Rules it states, similarly as in article 34 of the ICC Rules, which “The parties shall carry out all awards without delay”. Similar statements can be found in LCIA article 26.9, AAA article 27, SCC article 40... The ICC Rules however remains the only set of rules with the broad mention that the parties “*have waived their rights to any form of recourse...*”. The LCIA is more specific but not so different in providing that the parties “*waive irrevocably their right to any form of appeal, review or recourse to any state court or other judicial authority...*”.

- **May a uniformed regime of state immunity from execution be envisaged?**

The 2004 *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property* is representative of the growing trend of restrictive immunity. States which have merely signed the convention but not ratified it (like China) are deemed to have embraced this general principle. In *FG Hemisphere v the DRC*, the Hong Kong Court of Appeal explained that the application of Common Law to the question of state immunities was not inconsistent with Chinese law. Indeed, signing the UN Convention was interpreted as a form of general acceptance of the doctrine of restrictive immunity. However, the UN Convention is not yet in force. It requires a total of 30 ratifications; as of March 19th, 2013, 28 countries have signed the Convention and only 13 have ratified it.

The UN Convention is a materialization of the French jurisprudence on the question of immunities from jurisdiction and execution and an attempt at a homogenous and international set of rules. It is thus not surprising to note that France has both signed and ratified the Convention. However, other notable signatories include the United Kingdom, which is not in line with French jurisprudence and has so far refrained from ratifying the convention. Other countries, like Russia may not find the possibility of implicit waivers of immunity from execution attractive, especially in light of the many foreign decision enforcing awards against Russia. One may wonder if the Convention will ever enter into force.



ANNEXES

- I. CIRDI : Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats (Convention de Washington, 1965) 63
- II. CNUDCI : Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York, 1958) 71

CONVENTION POUR LE REGLEMENT DES DIFFERENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS ENTRE ETATS ET RESSORTISSANTS D'AUTRES ETATS (Convention de Washington, 1965)

Préambule

Les Etats contractants

Considérant la nécessité de la coopération internationale pour le développement économique, et le rôle joué dans ce domaine par les investissements privés internationaux ;

Ayant présent à l'esprit que des différends peuvent surgir à toute époque au sujet de tels investissements entre Etats contractants et ressortissants d'autres Etats contractants ;

Reconnaissant que si ces différends doivent normalement faire l'objet de recours aux instances internes, des modes de règlement internationaux de ces différends peuvent être appropriés dans certains cas ;

Attachant une importance particulière à la création de mécanismes pour la conciliation et l'arbitrage internationaux auxquels les Etats contractants et les ressortissants d'autres Etats contractants puissent, s'ils le désirent, soumettre leurs différends ;

Désirant établir ces mécanismes sous les auspices de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement ;

Reconnaissant que le consentement mutuel des parties de soumettre ces différends à la conciliation ou à l'arbitrage, en ayant recours auxdits mécanismes, constitue un accord ayant force obligatoire qui exige en particulier que toute recommandation des conciliateurs soit dûment prise en considération et que toute sentence arbitrale soit exécutée ; et

Déclarant qu'aucun Etat contractant, par le seul fait de sa ratification, de son acceptation ou de son approbation de la présente Convention et sans son consentement, ne sera réputé avoir assumé aucune obligation de recourir à la conciliation ou à l'arbitrage, en aucun cas particulier,

Sont convenus de ce qui suit :

Chapitre I

Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements

Section 1

Création et organisation

Article 1

(1) Il est institué, en vertu de la présente Convention, un Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (ci-après dénommé le Centre).

(2) L'objet du Centre est d'offrir des moyens de conciliation et d'arbitrage pour régler les différends relatifs aux investissements opposant des Etats contractants à des ressortissants d'autres Etats contractants, conformément aux dispositions de la présente Convention.

Article 2

Le siège du Centre est celui de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (ci-après dénommée la Banque). Le siège peut être transféré en tout autre lieu par décision du Conseil administratif prise à la majorité des deux tiers de ses membres.

Article 3

Le Centre se compose d'un Conseil administratif et d'un Secrétariat. Il tient une liste de conciliateurs et une liste d'arbitres.

Section 2

Du Conseil administratif

Article 4

(1) Le Conseil administratif comprend un représentant de chaque Etat contractant. Un suppléant peut agir en qualité de représentant si le titulaire est absent d'une réunion ou empêché.

(2) Sauf désignation différente, le gouverneur et le gouverneur suppléant de la Banque nommés par l'Etat contractant remplissent de plein droit les fonctions respectives de représentant et de suppléant.

Article 5

Le Président de la Banque est de plein droit Président du Conseil administratif (ci-après dénommé le Président) sans avoir le droit de vote. S'il est absent ou empêché ou si la présidence de la Banque est vacante, la personne qui le remplace à la Banque fait fonction de Président du Conseil administratif.

Article 6

(1) Sans préjudice des attributions qui lui sont dévolues par les autres dispositions de la présente Convention, le Conseil administratif :

(a) adopte le règlement administratif et le règlement financier du Centre ;

(b) adopte le règlement de procédure relatif à l'introduction des instances de conciliation et d'arbitrage ;

(c) adopte les règlements de procédure relatifs aux instances de conciliation et d'arbitrage (ci-après dénommés le Règlement de conciliation et le Règlement d'arbitrage) ;

(d) approuve tous arrangements avec la Banque en vue de l'utilisation de ses locaux et de ses services administratifs ;

(e) détermine les conditions d'emploi du Secrétaire général et des Secrétaires généraux adjoints ;

(f) adopte le budget annuel des recettes et dépenses du Centre ;

(g) approuve le rapport annuel sur les activités du Centre.

Les décisions visées aux alinéas (a), (b), (c) et (f) ci-dessus sont prises à la majorité des deux tiers des membres du Conseil administratif.

(2) Le Conseil administratif peut constituer toute commission qu'il estime nécessaire.

(3) Le Conseil administratif exerce également toutes autres attributions qu'il estime nécessaires à la mise en œuvre des dispositions de la présente Convention.

Article 7

(1) Le Conseil administratif tient une session annuelle et toute autre session qui aura été soit décidée par le Conseil, soit convoquée par le Président, soit convoquée par le

Secrétaire général sur la demande d'au moins cinq membres du Conseil.

(2) Chaque membre du Conseil administratif dispose d'une voix et, sauf exception prévue par la présente Convention, toutes les questions soumises au Conseil sont résolues à la majorité des voix exprimées.

(3) Dans toutes les sessions du Conseil administratif, le quorum est la moitié de ses membres plus un.

(4) Le Conseil administratif peut adopter à la majorité des deux tiers de ses membres une procédure autorisant le Président à demander au Conseil un vote par correspondance. Ce vote ne sera considéré comme valable que si la majorité des membres du Conseil y ont pris part dans les délais impartis par ladite procédure.

Article 8

Les fonctions de membres du Conseil administratif et de Président ne sont pas rémunérées par le Centre.

Section 3 Du Secrétariat

Article 9

Le Secrétariat comprend un Secrétaire général, un ou plusieurs Secrétaires généraux adjoints et le personnel.

Article 10

(1) Le Secrétaire général et les Secrétaires généraux adjoints sont élus, sur présentation du Président, par le Conseil administratif à la majorité des deux tiers de ses membres pour une période ne pouvant excéder six ans et sont rééligibles. Le Président, après consultation des membres du Conseil administratif, présente un ou plusieurs candidats pour chaque poste.

(2) Les fonctions de Secrétaire général et de Secrétaire général adjoint sont incompatibles avec l'exercice de toute fonction politique. Sous réserve de dérogation accordée par le Conseil administratif, le Secrétaire général et les Secrétaires généraux adjoints ne peuvent occuper d'autres emplois ou exercer d'autres activités professionnelles.

(3) En cas d'absence ou d'empêchement du Secrétaire général ou si le poste est vacant, le Secrétaire général adjoint remplit les fonctions de Secrétaire général. S'il existe plusieurs Secrétaires généraux adjoints, le Conseil administratif détermine à l'avance l'ordre dans lequel ils seront appelés à remplir lesdites fonctions.

Article 11

Le Secrétaire général représente légalement le Centre, il le dirige et est responsable de son administration, y compris le recrutement du personnel, conformément aux dispositions de la présente Convention et aux règlements adoptés par le Conseil administratif. Il remplit la fonction de greffier et a le pouvoir d'authentifier les sentences arbitrales rendues en vertu de la présente Convention et d'en certifier copie.

Section 4 Des listes

Article 12

La liste de conciliateurs et la liste d'arbitres sont composées de personnes qualifiées, désignées comme il est dit ci-dessous et acceptant de figurer sur ces listes.

Article 13

(1) Chaque Etat contractant peut désigner pour figurer sur chaque liste quatre personnes qui ne sont pas nécessairement ses ressortissants.

(2) Le Président peut désigner dix personnes pour figurer sur chaque liste. Les personnes ainsi désignées sur une même liste doivent toutes être de nationalité différente.

Article 14

(1) Les personnes désignées pour figurer sur les listes doivent jouir d'une haute considération morale, être d'une compétence reconnue en matière juridique, commerciale, industrielle ou financière et offrir toute garantie d'indépendance dans l'exercice de leurs fonctions. La compétence en matière juridique des personnes désignées pour la liste d'arbitres est particulièrement importante.

(2) Le Président, dans ses désignations, tient compte en outre de l'intérêt qui s'attache à représenter sur ces listes les principaux systèmes juridiques du monde et les principaux secteurs de l'activité économique.

Article 15

(1) Les désignations sont faites pour des périodes de six ans renouvelables.

(2) En cas de décès ou de démission d'une personne figurant sur l'une ou l'autre liste, l'autorité ayant nommé cette personne peut désigner un remplaçant pour la durée du mandat restant à courir.

(3) Les personnes portées sur les listes continuent d'y figurer jusqu'à désignation de leur successeur.

Article 16

(1) Une même personne peut figurer sur les deux listes.

(2) Si une personne est désignée pour figurer sur une même liste par plusieurs Etats contractants, ou par un ou plusieurs d'entre eux et par le Président, elle sera censée l'avoir été par l'autorité qui l'aura désignée la première ; toutefois, si cette personne est le ressortissant d'un Etat ayant participé à sa désignation, elle sera réputée avoir été désignée par ledit Etat.

(3) Toutes les désignations sont notifiées au Secrétaire général et prennent effet à compter de la date de réception de la notification.

Section 5 Du financement du Centre

Article 17

Si les dépenses de fonctionnement du Centre ne peuvent être couvertes par les redevances payées pour l'utilisation de ses services ou par d'autres sources de revenus, l'excédent sera supporté par les Etats contractants membres de la Banque proportionnellement à leur souscription au capital de celle-ci et par les Etats qui ne sont pas membres de la Banque conformément aux règlements adoptés par le Conseil administratif.

Section 6 Statut, immunités et privilèges

Article 18

Le Centre a la pleine personnalité juridique internationale. Il a, entre autres, capacité :

(a) de contracter ;

(b) d'acquérir des biens meubles et immeubles et

d'en disposer ;

(c) d'ester en justice.

Article 19

Afin de pouvoir remplir ses fonctions, le Centre jouit, sur le territoire de chaque Etat contractant, des immunités et des privilèges définis à la présente Section.

Article 20

Le Centre, ses biens et ses avoirs, ne peuvent faire l'objet d'aucune action judiciaire, sauf s'il renonce à cette immunité.

Article 21

Le Président, les membres du Conseil administratif, les personnes agissant en qualité de conciliateurs, d'arbitres ou de membres du Comité prévu à l'article 5, alinéa (3), et les fonctionnaires et employés du Secrétariat :

(a) ne peuvent faire l'objet de poursuites en raison d'actes accomplis par eux dans l'exercice de leurs fonctions, sauf si le Centre lève cette immunité ;

(b) bénéficient, quand ils ne sont pas ressortissants de l'Etat où ils exercent leurs fonctions, des mêmes immunités en matière d'immigration, d'enregistrement des étrangers, d'obligations militaires ou de prestations analogues et des mêmes facilités en matière de change et de déplacements, que celles accordées par les Etats contractants aux représentants, fonctionnaires et employés de rang comparable d'autres Etats contractants.

Article 22

Les dispositions de l'article 21 s'appliquent aux personnes participant aux instances qui font l'objet de la présente Convention en qualité de parties, d'agents, de conseillers, d'avocats, de témoins ou d'experts, l'alinéa (b) ne s'appliquant toutefois qu'à leurs déplacements et à leur séjour dans le pays où se déroule la procédure.

Article 23

(1) Les archives du Centre sont inviolables où qu'elles se trouvent.

(2) Chaque Etat contractant accorde au Centre pour ses communications officielles un traitement aussi favorable qu'aux autres institutions internationales.

Article 24

(1) Le Centre, ses avoirs, ses biens et ses revenus ainsi que ses opérations autorisées par la présente Convention sont exonérés de tous impôts et droits de douane. Le Centre est également exempt de toute obligation relative au recouvrement ou au paiement d'impôts ou de droits de douane.

(2) Aucun impôt n'est prélevé sur les indemnités payées par le Centre au Président ou aux membres du Conseil administratif ou sur les traitements, émoluments ou autres indemnités payés par le Centre aux fonctionnaires ou employés du Secrétariat, sauf si les bénéficiaires sont ressortissants du pays où ils exercent leurs fonctions.

(3) Aucun impôt n'est prélevé sur les honoraires ou indemnités versés aux personnes agissant en qualité de conciliateurs, d'arbitres ou de membres du Comité prévu à l'article 52, alinéa (3), dans les instances qui font l'objet de la présente Convention, si cet impôt n'a d'autre base juridique que le lieu où se trouve le Centre, celui où se déroule l'instance ou celui où sont payés lesdits honoraires ou indemnités.

Chapitre II De la compétence du Centre

Article 25

(1) La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un Etat contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre Etat contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre. Lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement.

(2) « Ressortissant d'un autre Etat contractant » signifie :

(a) toute personne physique qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage ainsi qu'à la date à laquelle la requête a été enregistrée conformément à l'article 28, alinéa (3), ou à l'article 36, alinéa (3), à l'exclusion de toute personne qui, à l'une ou à l'autre de ces dates, possède également la nationalité de l'Etat contractant partie au différend ;

(b) toute personne morale qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage et toute personne morale qui possède la nationalité de l'Etat contractant partie au différend à la même date et que les parties sont convenues, aux fins de la présente Convention, de considérer comme ressortissant d'un autre Etat contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers.

(3) Le consentement d'une collectivité publique ou d'un organisme dépendant d'un Etat contractant ne peut être donné qu'après approbation par ledit Etat, sauf si celui-ci indique au Centre que cette approbation n'est pas nécessaire.

(4) Tout Etat contractant peut, lors de sa ratification, de son acceptation ou de son approbation de la Convention ou à toute date ultérieure, faire connaître au Centre la ou les catégories de différends qu'il considérerait comme pouvant être soumis ou non à la compétence du Centre. Le Secrétaire général transmet immédiatement la notification à tous les Etats contractants. Ladite notification ne constitue pas le consentement requis aux termes de l'alinéa (1).

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 27

(1) Aucun Etat contractant n'accorde la protection diplomatique ou ne formule de revendication internationale au sujet d'un différend que l'un de ses ressortissants et un autre Etat contractant ont consenti à soumettre ou ont soumis à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, sauf si l'autre Etat contractant ne se conforme pas à la sentence rendue à l'occasion du différend.

(2) Pour l'application de l'alinéa (1), la protection diplomatique ne vise pas les simples démarches

diplomatiques tendant uniquement à faciliter le règlement du différend.

Chapitre III De la conciliation

Section 1 De la demande en conciliation

Article 28

(1) Un Etat contractant ou le ressortissant d'un Etat contractant qui désire entamer une procédure de conciliation doit adresser par écrit une requête à cet effet au Secrétaire général, lequel en envoie copie à l'autre partie.

(2) La requête doit contenir des informations concernant l'objet du différend, l'identité des parties et leur consentement à la conciliation conformément au règlement de procédure relatif à l'introduction des instances de conciliation et d'arbitrage.

(3) Le Secrétaire général doit enregistrer la requête sauf s'il estime au vu des informations contenues dans la requête que le différend excède manifestement la compétence du Centre. Il doit immédiatement notifier aux parties l'enregistrement ou le refus d'enregistrement.

Section 2

De la constitution de la Commission de conciliation

Article 29

(1) La Commission de conciliation (ci-après dénommée la Commission) est constituée dès que possible après enregistrement de la requête conformément à l'article 28.

(2) (a) La Commission se compose d'un conciliateur unique ou d'un nombre impair de conciliateurs nommés conformément à l'accord des parties.

(b) A défaut d'accord entre les parties sur le nombre de conciliateurs et leur mode de nomination, la Commission comprend trois conciliateurs ; chaque partie nomme un conciliateur et le troisième, qui est le président de la Commission, est nommé par accord des parties.

Article 30

Si la Commission n'a pas été constituée dans les 90 jours suivant la notification de l'enregistrement de la requête par le Secrétaire général conformément à l'article 28, alinéa (3) ou dans tout autre délai convenu par les parties, le Président, à la demande de la partie la plus diligente et, si possible, après consultation des parties, nomme le conciliateur ou les conciliateurs non encore désignés.

Article 31

(1) Les conciliateurs peuvent être pris hors de la liste des conciliateurs, sauf au cas de nomination par le Président prévu à l'article 30.

(2) Les conciliateurs nommés hors de la liste des conciliateurs doivent posséder les qualités prévues à l'article 14, alinéa (1).

Section 3

De la procédure devant la Commission

Article 32

(1) La Commission 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 de la Commission doit être examiné par la Commission qui

décide s'il doit être traité comme une question préalable ou si son examen doit être joint à celui des questions de fond.

Article 33

Toute procédure de conciliation est conduite conformément aux dispositions de la présente section et, sauf accord contraire des parties, au Règlement de conciliation en vigueur à la date à laquelle elles ont consenti à la conciliation. Si une question de procédure non prévue par la présente section ou le Règlement de conciliation ou tout autre règlement adopté par les parties se pose, elle est tranchée par la Commission.

Article 34

(1) La Commission a pour fonction d'éclaircir les points en litige entre les parties et doit s'efforcer de les amener à une solution mutuellement acceptable. A cet effet, la Commission peut à une phase quelconque de la procédure et à plusieurs reprises recommander aux parties les termes d'un règlement. Les parties doivent collaborer de bonne foi avec la Commission afin de lui permettre de remplir ses fonctions et doivent tenir le plus grand compte de ses recommandations.

(2) Si les parties se mettent d'accord, la Commission rédige un procès-verbal faisant l'inventaire des points en litige et prenant acte de l'accord des parties. Si à une phase quelconque de la procédure, la Commission estime qu'il n'y a aucune possibilité d'accord entre les parties, elle clôt la procédure et dresse un procès-verbal constatant que le différend a été soumis à la conciliation et que les parties n'ont pas abouti à un accord. Si une des parties fait défaut ou s'abstient de participer à la procédure, la Commission clôt la procédure et dresse un procès-verbal constatant qu'une des parties a fait défaut ou s'est abstenue de participer à la procédure.

Article 35

Sauf accord contraire des parties, aucune d'elles ne peut, à l'occasion d'une autre procédure se déroulant devant des arbitres, un tribunal ou de toute autre manière, invoquer les opinions exprimées, les déclarations ou les offres de règlement faites par l'autre partie au cours de la procédure non plus que le procès-verbal ou les recommandations de la Commission.

Chapitre IV De l'arbitrage

Section 1 De la demande d'arbitrage

Article 36

(1) Un Etat contractant ou le ressortissant d'un Etat contractant qui désire entamer une procédure d'arbitrage doit adresser par écrit une requête à cet effet au Secrétaire général, lequel en envoie copie à l'autre partie.

(2) La requête doit contenir des informations concernant l'objet du différend, l'identité des parties et leur consentement à l'arbitrage conformément au règlement de procédure relatif à l'introduction des instances de conciliation et d'arbitrage.

(3) Le Secrétaire général doit enregistrer la requête sauf s'il estime au vu des informations contenues dans la requête que le différend excède manifestement la compétence du Centre. Il doit immédiatement notifier aux parties l'enregistrement ou le refus d'enregistrement.

Section 2

De la constitution du Tribunal

Article 37

(1) Le Tribunal arbitral (ci-après dénommé le Tribunal) est constitué dès que possible après enregistrement de la requête conformément à l'article 36.

(2) (a) Le Tribunal se compose d'un arbitre unique ou d'un nombre impair d'arbitres nommés conformément à l'accord des parties.

(b) A défaut d'accord entre les parties sur le nombre des arbitres et leur mode de nomination, le Tribunal comprend trois arbitres ; chaque partie nomme un arbitre et le troisième, qui est le président du Tribunal, est nommé par accord des parties.

Article 38

Si le Tribunal n'a pas été constitué dans les 90 jours suivant la notification de l'enregistrement de la requête par le Secrétaire général conformément à l'article 36, alinéa (3) ou dans tout autre délai convenu par les parties, le Président, à la demande de la partie la plus diligente et, si possible, après consultation des parties, nomme l'arbitre ou les arbitres non encore désignés. Les arbitres nommés par le Président conformément aux dispositions du présent article ne doivent pas être ressortissants de l'Etat contractant partie au différend ou de l'Etat contractant dont le ressortissant est partie au différend.

Article 39

Les arbitres composant la majorité doivent être ressortissants d'Etats autres que l'Etat contractant partie au différend et que l'Etat contractant dont le ressortissant est partie au différend ; étant entendu néanmoins que cette disposition ne s'applique pas si, d'un commun accord, les parties désignent l'arbitre unique ou chacun des membres du Tribunal.

Article 40

(1) Les arbitres peuvent être pris hors de la liste des arbitres, sauf au cas de nomination par le Président prévu à l'article 38.

(2) Les arbitres nommés hors de la liste des arbitres doivent posséder les qualités prévues à l'article 14, alinéa (1).

Section 3

Des pouvoirs et des fonctions du Tribunal

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.

Article 42

(1) Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend – y compris les règles relatives aux conflits de lois – ainsi que les principes de droit international en la matière.

(2) Le Tribunal ne peut refuser de juger sous prétexte du silence ou de l'obscurité du droit.

(3) Les dispositions des alinéas précédents ne portent pas atteinte à la faculté pour le Tribunal, si les parties en sont d'accord, de statuer *ex aequo et bono*.

Article 43

Sauf accord contraire des parties, le Tribunal s'il l'estime nécessaire, peut à tout moment durant les débats :

(a) demander aux parties de produire tous documents ou autres moyens de preuve, et

(b) se transporter sur les lieux et y procéder à telles enquêtes qu'il estime nécessaires.

Article 44

Toute procédure d'arbitrage est conduite conformément aux dispositions de la présente section et, sauf accord contraire des parties, au Règlement d'arbitrage en vigueur à la date à laquelle elles ont consenti à l'arbitrage. Si une question de procédure non prévue par la présente section ou le Règlement d'arbitrage ou tout autre règlement adopté par les parties se pose, elle est tranchée par le Tribunal.

Article 45

(1) Si l'une des parties fait défaut ou s'abstient de faire valoir ses moyens, elle n'est pas pour autant réputée acquiescer aux prétentions de l'autre partie.

(2) Si l'une des parties fait défaut ou s'abstient de faire valoir ses moyens à tout moment de la procédure, l'autre partie peut demander au Tribunal de considérer les chefs de conclusions qui lui sont soumises et de rendre sa sentence. Le Tribunal doit, en notifiant à la partie défaillante la demande dont il est saisi, accorder à celle-ci un délai de grâce avant de rendre sa sentence, à moins qu'il ne soit convaincu que ladite partie n'a pas l'intention de comparaître ou de faire valoir ses moyens.

Article 46

Sauf accord contraire des parties, le Tribunal doit, à la requête de l'une d'elles, statuer sur toutes demandes incidentes, additionnelles ou reconventionnelles se rapportant directement à l'objet du différend, à condition que ces demandes soient couvertes par le consentement des parties et qu'elles relèvent par ailleurs de la compétence du Centre.

Article 47

Sauf accord contraire des parties, le Tribunal peut, s'il estime que les circonstances l'exigent, recommander toutes mesures conservatoires propres à sauvegarder les droits des parties.

Section 4

De la sentence

Article 48

(1) Le Tribunal statue sur toute question à la majorité des voix de tous ses membres.

(2) La sentence est rendue par écrit ; elle est signée par les membres du Tribunal qui se sont prononcés en sa faveur.

(3) La sentence doit répondre à tous les chefs de conclusions soumises au Tribunal et doit être motivée.

(4) Tout membre du Tribunal peut faire joindre à la sentence soit son opinion particulière – qu'il partage ou non l'avis de la majorité – soit la mention de son dissentiment.

(5) Le Centre ne publie aucune sentence sans le consentement des parties.

Article 49

(1) Le Secrétaire général envoie sans délai aux parties copies certifiées conformes de la sentence. La sentence est réputée avoir été rendue le jour de l'envoi desdites copies.

(2) Sur requête d'une des parties, à présenter dans les 45 jours de la sentence, le Tribunal peut, après notification à l'autre partie, statuer sur toute question sur laquelle il aurait omis de se prononcer dans la sentence et corriger toute erreur matérielle contenue dans la sentence. Sa décision fait partie intégrante de la sentence et est notifiée aux parties dans les mêmes formes que celle-ci. Les délais prévus à l'article 51, alinéa (2) et à l'article 52, alinéa (2) courent à partir de la date de la décision correspondante.

Section 5

De l'interprétation, de la révision et de l'annulation de la sentence

Article 50

(1) Tout différend qui pourrait s'élever entre les parties concernant le sens ou la portée de la sentence peut faire l'objet d'une demande en interprétation adressée par écrit au Secrétaire général par l'une ou l'autre des parties.

(2) La demande est, si possible, soumise au Tribunal qui a statué. En cas d'impossibilité, un nouveau Tribunal est constitué conformément à la section 2 du présent chapitre. Le Tribunal peut, s'il estime que les circonstances l'exigent, décider de suspendre l'exécution de la sentence jusqu'à ce qu'il se soit prononcé sur la demande en interprétation.

Article 51

(1) Chacune des parties peut demander, par écrit, au Secrétaire général la révision de la sentence en raison de la découverte d'un fait de nature à exercer une influence décisive sur la sentence, à condition qu'avant le prononcé de la sentence ce fait ait été inconnu du Tribunal et de la partie demanderesse et qu'il n'y ait pas eu, de la part de celle-ci, faute à l'ignorer.

(2) La demande doit être introduite dans les 90 jours suivant la découverte du fait nouveau et, en tout cas, dans les trois ans suivant la date de la sentence.

(3) La demande est, si possible, soumise au Tribunal ayant statué. En cas d'impossibilité, un nouveau Tribunal est constitué conformément à la section 2 du présent chapitre.

(4) Le Tribunal peut, s'il estime que les circonstances l'exigent, décider de suspendre l'exécution de la sentence jusqu'à ce qu'il se soit prononcé sur la demande en révision. Si, dans sa demande, la partie en cause requiert qu'il soit sursis à l'exécution de la sentence, l'exécution est provisoirement suspendue jusqu'à ce que le Tribunal ait statué sur ladite requête.

Article 52

(1) Chacune des parties peut demander, par écrit, au Secrétaire général l'annulation de la sentence pour l'un quelconque des motifs suivants :

- (a) vice dans la constitution du Tribunal ;
- (b) excès de pouvoir manifeste du Tribunal ;
- (c) corruption d'un membre du Tribunal ;
- (d) inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure ;

(e) défaut de motifs.

(2) Toute demande doit être formée dans les 120 jours suivant la date de la sentence, sauf si l'annulation est demandée pour cause de corruption, auquel cas ladite demande doit être présentée dans les 120 jours suivant la

découverte de la corruption et, en tout cas, dans les trois ans suivant la date de la sentence.

(3) Au reçu de la demande, le Président nomme immédiatement parmi les personnes dont les noms figurent sur la liste des arbitres, un Comité *ad hoc* de trois membres. Aucun membre dudit Comité ne peut être choisi parmi les membres du Tribunal ayant rendu la sentence, ni posséder la même nationalité qu'un des membres dudit Tribunal ni celle de l'Etat partie au différend ou de l'Etat dont le ressortissant est partie au différend, ni avoir été désigné pour figurer sur la liste des arbitres par l'un desdits Etats, ni avoir rempli les fonctions de conciliateur dans la même affaire. Le Comité est habilité à annuler la sentence en tout ou en partie pour l'un des motifs énumérés à l'alinéa (1) du présent article.

(4) Les dispositions des articles 41-45, 48, 49, 53 et 54 et des chapitres VI et VII s'appliquent *mutatis mutandis* à la procédure devant le Comité.

(5) Le Comité peut, s'il estime que les circonstances l'exigent, décider de suspendre l'exécution de la sentence jusqu'à ce qu'il se soit prononcé sur la demande en annulation. Si, dans sa demande, la partie en cause requiert qu'il soit sursis à l'exécution de la sentence, l'exécution est provisoirement suspendue jusqu'à ce que le Comité ait statué sur ladite requête.

(6) Si la sentence est déclarée nulle, le différend est, à la requête de la partie la plus diligente, soumis à un nouveau Tribunal constitué conformément à la section 2 du présent chapitre.

Section 6

De la reconnaissance et de l'exécution de la sentence

Article 53

(1) La sentence est obligatoire à l'égard des parties et ne peut être l'objet d'aucun appel ou autre recours, à l'exception de ceux prévus à la présente Convention. Chaque partie doit donner effet à la sentence conformément à ses termes, sauf si l'exécution en est suspendue en vertu des dispositions de la présente Convention.

(2) Aux fins de la présente section, une « sentence » inclut toute décision concernant l'interprétation, la révision ou l'annulation de la sentence prise en vertu des articles 50, 51 ou 52.

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. Un Etat contractant ayant une constitution fédérale peut assurer l'exécution de la sentence par l'entremise de ses tribunaux fédéraux et prévoir que ceux-ci devront considérer une telle sentence comme un jugement définitif des tribunaux de l'un des Etats fédérés.

(2) Pour obtenir la reconnaissance et l'exécution d'une sentence sur le territoire d'un Etat contractant, la partie intéressée doit en présenter copie certifiée conforme par le Secrétaire général au tribunal national compétent ou à toute autre autorité que ledit Etat contractant aura désigné à cet effet. Chaque Etat contractant fait savoir au Secrétaire général le tribunal compétent ou les autorités qu'il désigne à cet effet et le tient informé des changements éventuels.

(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.

Article 55

Aucune des dispositions de l'article 54 ne peut être interprétée comme faisant exception au droit en vigueur dans un Etat contractant concernant l'immunité d'exécution dudit Etat ou d'un Etat étranger.

Chapitre V

Du remplacement et de la récusation des conciliateurs et des arbitres

Article 56

(1) Une fois qu'une Commission ou un Tribunal a été constitué et la procédure engagée, sa composition ne peut être modifiée. Toutefois, en cas de décès, d'incapacité ou de démission d'un conciliateur ou d'un arbitre, il est pourvu à la vacance selon les dispositions du chapitre III, section 2 ou du chapitre IV, section 2.

(2) Tout membre d'une Commission ou d'un Tribunal continue à remplir ses fonctions en cette qualité nonobstant le fait que son nom n'apparaisse plus sur la liste.

(3) Si un conciliateur ou un arbitre nommé par une partie démissionne sans l'assentiment de la Commission ou du Tribunal dont il est membre, le Président pourvoit à la vacance en prenant un nom sur la liste appropriée.

Article 57

Une partie peut demander à la Commission ou au Tribunal la récusation d'un de ses membres pour tout motif impliquant un défaut manifeste des qualités requises par l'article 14, alinéa (1). Une partie à une procédure d'arbitrage peut, en outre, demander la récusation d'un arbitre pour le motif qu'il ne remplissait pas les conditions fixées à la section 2 du chapitre IV pour la nomination au Tribunal arbitral.

Article 58

Les autres membres de la Commission ou du Tribunal, selon le cas, se prononcent sur toute demande en récusation d'un conciliateur ou d'un arbitre. Toutefois, en cas de partage égal des voix, ou si la demande en récusation vise un conciliateur ou un arbitre unique ou une majorité de la Commission ou du Tribunal, la décision est prise par le Président. Si le bien-fondé de la demande est reconnu, le conciliateur ou l'arbitre visé par la décision est remplacé conformément aux dispositions du chapitre III, section 2 ou du chapitre IV, section 2.

Chapitre VI

Des frais de procédure

Article 59

Les redevances dues par les parties pour l'utilisation des services du Centre sont fixées par le Secrétaire général conformément aux règlements adoptés en la matière par le Conseil administratif.

Article 60

(1) Chaque Commission et chaque Tribunal fixe les honoraires et frais de ses membres dans les limites qui sont définies par le Conseil administratif et après consultation du Secrétaire général.

(2) Nonobstant les dispositions de l'alinéa précédent, les parties peuvent fixer par avance, en accord avec la

Commission ou le Tribunal, les honoraires et frais de ses membres.

Article 61

(1) Dans le cas d'une procédure de conciliation les honoraires et frais des membres de la Commission ainsi que les redevances dues pour l'utilisation des services du Centre sont supportés à parts égales par les parties. Chaque partie supporte toutes les autres dépenses qu'elle expose pour les besoins de la procédure.

(2) Dans le cas d'une procédure d'arbitrage le Tribunal fixe, sauf accord contraire des parties, le montant des dépenses exposées par elles pour les besoins de la procédure et décide des modalités de répartition et de paiement desdites dépenses, des honoraires et frais des membres du Tribunal et des redevances dues pour l'utilisation des services du Centre. Cette décision fait partie intégrante de la sentence.

Chapitre VII

Du lieu de la procédure

Article 62

Les procédures de conciliation et d'arbitrage se déroulent au siège du Centre, sous réserve des dispositions qui suivent.

Article 63

Si les parties en décident ainsi, les procédures de conciliation et d'arbitrage peuvent se dérouler :

(a) soit au siège de la Cour permanente d'arbitrage ou de toute autre institution appropriée, publique ou privée, avec laquelle le Centre aura conclu des arrangements à cet effet ;

(b) soit en tout autre lieu approuvé par la Commission ou le Tribunal après consultation du Secrétaire général.

Chapitre VIII

Différends entre Etats contractants

Article 64

Tout différend qui pourrait surgir entre les Etats contractants quant à l'interprétation ou l'application de la présente Convention et qui ne serait pas résolu à l'amiable est porté devant la Cour internationale de Justice à la demande de toute partie au différend, à moins que les Etats intéressés ne conviennent d'une autre méthode de règlement.

Chapitre IX

Amendements

Article 65

Tout Etat contractant peut proposer des amendements à la présente Convention. Tout texte d'amendement doit être communiqué au Secrétaire général 90 jours au moins avant la réunion du Conseil administratif au cours de laquelle ledit amendement doit être examiné, et doit être immédiatement transmis par lui à tous les membres du Conseil administratif.

Article 66

(1) Si le Conseil administratif le décide à la majorité des deux tiers de ses membres, l'amendement proposé est distribué à tous Etats contractants aux fins de ratification, d'acceptation ou d'approbation. Chaque amendement entre en vigueur 30 jours après l'envoi par le depositaire de la présente Convention d'une notice adressée aux Etats contractants les informant que tous les Etats contractants ont ratifié, accepté ou approuvé l'amendement.

(2) Aucun amendement ne peut porter atteinte aux droits et obligations d'un Etat contractant, d'une collectivité publique ou d'un organisme dépendant de lui ou d'un de ses ressortissants, aux termes de la présente Convention qui découlent d'un consentement à la compétence du Centre donné avant la date d'entrée en vigueur dudit amendement.

Chapitre X

Dispositions finales

Article 67

La présente Convention est ouverte à la signature des Etats membres de la Banque. Elle est également ouverte à la signature de tout autre Etat partie au Statut de la Cour internationale de Justice que le Conseil administratif, à la majorité des deux tiers de ses membres, aura invité à signer la Convention.

Article 68

(1) La présente Convention est soumise à la ratification, à l'acceptation ou à l'approbation des Etats signataires conformément à leurs procédures constitutionnelles.

(2) La présente Convention entrera en vigueur 30 jours après la date du dépôt du vingtième instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation. A l'égard de tout Etat déposant ultérieurement son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation, elle entrera en vigueur 30 jours après la date dudit dépôt.

Article 69

Tout Etat contractant doit prendre les mesures législatives ou autres qui seraient nécessaires en vue de donner effet sur son territoire aux dispositions de la présente Convention.

Article 70

La présente Convention s'applique à tous les territoires qu'un Etat contractant représente sur le plan international, à l'exception de ceux qui sont exclus par ledit Etat par notification adressée au dépositaire de la présente Convention soit au moment de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation soit ultérieurement.

Article 71

Tout Etat contractant peut dénoncer la présente Convention par notification adressée au dépositaire de la présente Convention. La dénonciation prend effet six mois après réception de ladite notification.

Article 72

Aucune notification par un Etat contractant en vertu des articles 70 et 71 ne peut porter atteinte aux droits et obligations dudit Etat, d'une collectivité publique ou d'un organisme dépendant de lui ou d'un de ses ressortissants, aux termes de la présente Convention qui découlent d'un consentement à la compétence du Centre donné par l'un

d'eux antérieurement à la réception de ladite notification par le dépositaire.

Article 73

Les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation de la présente Convention et de tous amendements qui y seraient apportés seront déposés auprès de la Banque, laquelle agira en qualité de dépositaire de la présente Convention. Le dépositaire transmettra des copies de la présente Convention certifiées conformes aux Etats membres de la Banque et à tout autre Etat invité à signer la Convention.

Article 74

Le dépositaire enregistrera la présente Convention auprès du Secrétariat des Nations Unies conformément à l'article 102 de la Charte des Nations Unies et aux Règlements y afférents adoptés par l'Assemblée générale.

Article 75

Le dépositaire donnera notification à tous les Etats signataires des informations concernant :

- (a) les signatures conformément à l'article 67 ;
- (b) le dépôt des instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation conformément à l'article 73 ;
- (c) la date d'entrée en vigueur de la présente Convention conformément à l'article 68 ;
- (d) les exclusions de l'application territoriale conformément à l'article 70 ;
- (e) la date d'entrée en vigueur de tout amendement à la présente Convention conformément à l'article 66 ;
- (f) les dénonciations conformément à l'article 71.

CONVENTION POUR LA RECONNAISSANCE ET L'EXÉCUTION DES SENTENCES ARBITRALES ÉTRANGÈRE

(Convention de New York, 10 juin 1958)

De plus amples renseignements concernant cette Convention, à savoir les ratifications, adhésions, successions ainsi que les déclarations et réservations, sont disponibles auprès de la Section des traités de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, site web <http://www.uncitral.org>

Article premier

1. La présente Convention s'applique à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales rendues sur le territoire d'un État autre que celui où la reconnaissance et l'exécution des sentences sont demandées, et issues de différends entre personnes physiques ou morales. Elle s'applique également aux sentences arbitrales qui ne sont pas considérées comme sentences nationales dans l'État où leur reconnaissance et leur exécution sont demandées.

2. On entend par "sentences arbitrales" non seulement les sentences rendues par des arbitres nommés pour des cas déterminés, mais également celles qui sont rendues par des organes d'arbitrage permanents auxquels les parties se sont soumises.

3. Au moment de signer ou de ratifier la présente Convention, d'y adhérer ou de faire la notification d'extension prévue à l'article X, tout État pourra, sur la base de la réciprocité, déclarer qu'il appliquera la Convention à la reconnaissance et à l'exécution des seules sentences rendues sur le territoire d'un autre État contractant. Il pourra également déclarer qu'il appliquera la Convention uniquement aux différends issus de rapports de droit, contractuels ou non contractuels, qui sont considérés comme commerciaux par sa loi nationale.

Article II

1. Chacun des États contractants reconnaît la convention écrite par laquelle 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.

2. On entend par "convention écrite" une clause compromissoire insérée dans un contrat, ou un compromis, signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes.

3. Le tribunal d'un État contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une

convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée.

Article III

Chacun des États 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 dans les articles suivants. Il ne sera pas imposé, pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales auxquelles s'applique la présente Convention, de conditions sensiblement plus rigoureuses, ni de frais de justice sensiblement plus élevés, que ceux qui sont imposés pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales nationales.

Article IV

1. Pour obtenir la reconnaissance et l'exécution visées à l'article précédent, la partie qui demande la reconnaissance et l'exécution doit fournir, en même temps que la demande :

a) L'original dûment authentifié de la sentence ou une copie de cet original réunissant les conditions requises pour son authenticité;

b) L'original de la convention visée à l'article II, ou une copie réunissant les conditions requises pour son authenticité.

2. Si ladite sentence ou ladite convention n'est pas rédigée dans une langue officielle du pays où la sentence est invoquée, la partie qui demande la reconnaissance et l'exécution de la sentence aura à produire une traduction de ces pièces dans cette langue. La traduction devra être certifiée par un traducteur officiel ou un traducteur juré ou par un agent diplomatique ou consulaire.

Article V

1. La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est

invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve :

a) Que les parties à la convention visée à l'article II étaient, en vertu de la loi à elles applicable, frappées d'une incapacité, ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue; ou

b) Que la partie contre laquelle la sentence est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation de l'arbitre ou de la procédure d'arbitrage, ou qu'il lui a été impossible, pour une autre raison, de faire valoir ses moyens; ou

c) Que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire; toutefois, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, les premières pourront être reconnues et exécutées; ou

d) Que la constitution du tribunal arbitral ou la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à la convention des parties, ou, à défaut de convention, qu'elle n'a pas été conforme à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu; ou

e) Que la sentence n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties ou a été annulée ou suspendue par une autorité compétente du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel, la sentence a été rendue.

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) Que, d'après la loi de ce pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage; ou

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

Article VI

Si l'annulation ou la suspension de la sentence est demandée à l'autorité compétente visée à l'article V, paragraphe 1, e, l'autorité devant qui la sentence est invoquée peut, si elle l'estime approprié, surseoir à statuer sur l'exécution de la sentence; elle peut aussi, à la requête de la partie qui demande l'exécution de la sentence, ordonner à l'autre partie de fournir des sûretés convenables.

Article VII

1. Les dispositions de la présente Convention ne portent pas atteinte à la validité des accords multilatéraux ou bilatéraux conclus par les États contractants en matière de reconnaissance et d'exécution de sentences arbitrales et ne

privent aucune partie intéressée du droit qu'elle pourrait avoir de se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admises par la législation ou les traités du pays où la sentence est invoquée.

2. Le Protocole de Genève de 1923 relatif aux clauses d'arbitrage [2] et la Convention de Genève de 1927 [3] pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères cesseront de produire leurs effets entre les États contractants du jour, et dans la mesure, où ceux-ci deviendront liés par la présente Convention.

Article VIII

1. La présente Convention est ouverte jusqu'au 31 décembre 1958 à la signature de tout État Membre des Nations Unies, ainsi que de tout autre État qui est, ou deviendra par la suite, membre d'une ou plusieurs institutions spécialisées des Nations Unies ou partie au Statut de la Cour internationale de Justice, ou qui aura été invité par l'Assemblée générale des Nations Unies.

2. La présente Convention doit être ratifiée et les instruments de ratification déposés auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

Article IX

1. Tous les États visés à l'article VIII peuvent adhérer à la présente Convention.

2. L'adhésion se fera par le dépôt d'un instrument d'adhésion auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

Article X

1. Tout État pourra, au moment de la signature, de la ratification ou de l'adhésion, déclarer que la présente Convention s'étendra à l'ensemble des territoires qu'il représente sur le plan international, ou à l'un ou plusieurs d'entre eux. Cette déclaration produira ses effets au moment de l'entrée en vigueur de la Convention pour ledit État.

2. Par la suite, toute extension de cette nature se fera par notification adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies et produira ses effets à partir du quarante-deuxième jour qui suivra la date à laquelle le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies aura reçu la notification, ou à la date d'entrée en vigueur de la Convention pour ledit État si cette dernière date est postérieure.

3. En ce qui concerne les territoires auxquels la présente Convention ne s'applique pas à la date de la signature, de la ratification ou de l'adhésion, chaque État intéressé examinera la possibilité de prendre les mesures voulues pour étendre la Convention à ces territoires, sous réserve le cas échéant, lorsque des motifs constitutionnels l'exigeront, de l'assentiment des gouvernements de ces territoires.

Article XI

Les dispositions ci-après s'appliqueront aux États fédératifs ou non unitaires :

a) En ce qui concerne les articles de la présente Convention qui relèvent de la compétence législative du pouvoir fédéral, les obligations du gouvernement fédéral seront les mêmes que celles des États contractants qui ne sont pas des États fédératifs;

b) En ce qui concerne les articles de la présente Convention qui relèvent de la compétence législative de chacun des États ou provinces constituants, qui ne sont pas, en vertu du système constitutionnel de la fédération, tenus de prendre des mesures législatives, le gouvernement fédéral portera le plus tôt possible, et avec son avis favorable, lesdits articles à la connaissance des autorités compétentes des États ou provinces constituants;

c) Un État fédératif Partie à la présente Convention communiquera, à la demande de tout autre État contractant qui lui aura été transmise par l'intermédiaire du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, un exposé de la législation et des pratiques en vigueur dans la fédération et ses unités constituantes, en ce qui concerne telle ou telle disposition de la Convention, indiquant la mesure dans laquelle effet a été donné, par une action législative ou autre, à ladite disposition.

Article XII

1. La présente Convention entrera en vigueur le quatre-vingt-dixième jour qui suivra la date du dépôt du troisième instrument de ratification ou d'adhésion.

2. Pour chacun des États qui ratifieront la Convention ou y adhéreront après le dépôt du troisième instrument de ratification ou d'adhésion, elle entrera en vigueur le quatre-vingt-dixième jour qui suivra la date du dépôt par cet État de son instrument de ratification ou d'adhésion.

Article XIII

1. Tout État contractant pourra dénoncer la présente Convention par notification écrite adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies. La dénonciation prendra effet un an après la date où le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies aura reçu la notification.

2. Tout État qui aura fait une déclaration ou une notification conformément à l'article X pourra notifier ultérieurement au

Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies que la Convention cessera de s'appliquer au territoire en question un an après la date à laquelle le Secrétaire général aura reçu cette notification.

3. La présente Convention demeurera applicable aux sentences arbitrales au sujet desquelles une procédure de reconnaissance ou d'exécution aura été entamée avant l'entrée en vigueur de la dénonciation.

Article XIV

Un État contractant ne peut se réclamer des dispositions de la présente Convention contre d'autres États contractants que dans la mesure où il est lui-même tenu d'appliquer cette convention.

Article XV

Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies notifiera à tous les États visés à l'article VIII :

a) Les signatures et ratifications visées à l'article VIII;

b) Les adhésions visées à l'article IX;

c) Les déclarations et notifications visées aux articles premier, X et XI;

d) La date où la présente Convention entrera en vigueur, en application de l'article XII;

e) Les dénonciations et notifications visées à l'article XIII.

Article XVI

1. La présente Convention, dont les textes anglais, chinois, espagnol, français et russe font également foi, sera déposée dans les archives de l'Organisation des Nations Unies.

2. Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies remettra une copie certifiée conforme de la présente Convention aux États visés à l'article VIII.

[1] Conformément à son article XII, la Convention est entrée en vigueur le 7 juin 1959, le quatre-vingt-dixième jour suivant la date du dépôt du troisième instrument de ratification ou d'adhésion auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies. Les États ciaprès ont déposé leurs instruments de ratification ou d'adhésion (a) aux dates indiquées cidessous :

Israël	5 janvier 1959
Maroc	12 février 1959(a)
République arabe unie	9 mars 1959 (a)

[2] Société des Nations, *Recueil des traités*, vol. XXVII, p. 157; vol. XXXI, p. 260; vol. XXXV, p. 314; vol. XXXIX, p. 190; vol. XLV, p. 116; vol. L, p. 161; vol. LIX, p. 355; vol. LXIX, p. 79; vol. LXXII, p. 452; vol. LXXXIII, p. 393; vol. LXXXVIII, p. 312; vol. XCVI, p. 190; vol. C, p. 211; vol. CIV, p. 499; vol. CVII, p. 470; vol. CXI, p. 403; vol. CXVII, p. 55; vol. CLVI, p. 185; vol. CLXXXI, p. 356; vol. CLXXXV, p. 372; vol. CXCIII, p. 268, et vol. CC, p. 500; et Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 117, p. 394; vol. 261, p. 422, et vol. 325.

[3] Société des Nations, *Recueil des traités*, vol. XCII, p. 301; vol. XCVI, p. 205; vol. C, p. 259; vol. CIV, p. 526; vol. CVII, p. 528; vol. CXI, p. 414; vol. CXVII, p. 303; vol. CXXX, p. 457; vol. CLVI, p. 210; vol. CLXXXI, p. 389; vol. CLXXXV, p. 391, et vol. CXCIII, p. 269; et Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 122, p. 346; vol. 134, p. 402; vol. 269, p. 384, et vol. 325.