

Université de Montréal

Le traitement des exceptions préliminaires devant le CIRDI

par
Abderrezak Seghiri

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de

Maîtrise en droit (LL.M)

Option : droit international

Septembre 2016

© Abderrezak Seghiri, 2016

Résumé

De plus en plus soulevées, les exceptions préliminaires sont devenues aujourd'hui une institution classique du procès CIRDI. Leur utilisation croissante par les acteurs contentieux, et les multiples enjeux qu'elles recèlent, invitent résolument à s'interroger sur l'existence d'un réel régime juridique qui les encadre et, partant, qui permettrait de garantir un certain degré de prévisibilité.

A cet égard, le volet procédural de l'exception renferme maints éléments problématiques. Certains sont liés à la mise en œuvre, d'autres au moment de l'introduction de l'exception. Ainsi, d'une part, cette étude s'intéressera aux motivations réelles derrière la consécration de la faculté de les soulever et aux acteurs contentieux qui en ont accès. D'autre part, ce mémoire se focalisera sur la réalité de l'exigence d'introduction *in limine litis* pour mieux cerner les dérogations fréquentes ainsi que la souplesse exagérée dont elle fait l'objet.

Quant au volet substantiel, nous nous interrogerons sur l'objet de l'exception tant du point de vue de la qualification que du point de vue de la délimitation. Plus précisément, nous aborderons la question de la distinction entre compétence et recevabilité. Pourquoi cette distinction est tantôt observée, tantôt complètement ignorée par les parties au procès. Quel impact pourrait avoir une telle distinction sur le résultat escompté ? De même, nous nous interrogerons sur l'extension fréquente, parfois abusive, du champ de la compétence ou de la recevabilité afin de mieux appréhender les contours de l'objet, l'usage qu'en font les Tribunaux CIRDI et les raisons derrière un tel phénomène.

Mots-clés : exception préliminaire, compétence, recevabilité, CIRDI, investissement, arbitrage international.

Abstract

Increasingly used, preliminary objections have now become a traditional institution of ICSID proceedings. The increasing use by litigation actors raises many questions about the reality of their treatment. In particular, it raises questions about the existence of a consistent set of rules that would framework their use and, hence, ensure a certain degree of predictability.

In this regard, the procedural aspect of the objections includes many problematic elements. Some are linked to the implementation of the objection, others to the introduction timing. Thus, on the one hand, this research will focus on the real incentives behind the consecration of the right to raise them and who has access to that right. On the other hand, this research will focus on the actuality of the condition to introduce them *in limine litis* and try to explain the frequent exceptions, and exaggerated flexibility, in the arbitral practice regarding this condition.

As to the substantive aspect, we will inquire about the purpose of the objection from both qualification and delimitation point of views. Specifically, we will address the issue of the distinction between jurisdiction and admissibility. Why this distinction is sometimes considered and sometimes completely ignored by the parties to the proceedings. What impact might such a distinction have on the final outcome? Similarly, we will question the frequent extension, sometimes even abusive, of the scope of jurisdiction or admissibility by the ICSID Tribunals to help better understand the borders of the objections substance and the reasons behind such a phenomenon.

Keywords: preliminary objection, jurisdiction, admissibility, ICSID, investment, international arbitration.

Table des matières

Résumé	i
Abstract.....	ii
Table des matières	iii
Liste des abréviations.....	v
Remerciements.....	vii
Introduction	1
PREMIER CHAPITRE - UN ENCADREMENT PROCÉDURAL SOUPLE.....	8
I. L'indépendance des règles procédurales : La distinction entre le fond de l'exception et sa procédure	8
1. Le fond de l'exception : compétence et recevabilité	9
1.1. Compétence : un concept aux multiples contours.....	9
1.1.1. Le concept de compétence du juge ou de l'arbitre en droit international	10
1.1.2. Les concepts limitrophes.....	14
1.1.2.1. Le pouvoir juridictionnel	14
1.1.2.2. La saisine	18
1.2. Recevabilité : un concept évasif	20
2. Le soulèvement des exceptions : Une action procédurale aux multiples finalités.....	27
2.1. Garantir le droit de contester la fonction juridictionnelle.....	27
2.1.1. La protection du consensualisme	27
2.1.2. La protection de l'égalité des parties	30
2.2. Protéger la fonction juridictionnelle	32
2.2.1. Une faculté.....	32
2.2.2. Une obligation.....	34
II. La mise en œuvre de la distinction : La séparabilité temporelle.....	38
1. Le seuil de l'instance : Une limite temporelle	38
1.1. La nécessité d'une mise œuvre <i>in limine litis</i>	38
1.2. L'effacement de la frontière temporelle	44
2. La « préliminarité » : source d'abus ?.....	47

DEUXIÈME CHAPITRE - UN TRAITEMENT SUBSTANTIEL CLAIR-OBSCUR	52
I. Un maniement ambigu de l'objet.....	52
1. L'existence irréfutable de la dichotomie.....	52
1.1. Compétence et recevabilité : deux concepts théoriquement distincts.....	53
1.2. L'instabilité de la distinction : une source d'enjeux	57
2. Le rejet injustifiable de la dichotomie	62
2.1. L'absence d'intérêt dans la distinction !	62
2.2. Eléments extrinsèques contribuant au rejet de la distinction	66
II. L'élargissement constant de l'objet	69
1. L'extension du champ de la compétence : l'exemple de la qualification de l'opération économique d' « investissement ».....	69
1.1. L'importance de la définition de l'investissement.....	70
1.2. La tentative de délimitation : La jurisprudence <i>Salini</i> et l'espoir d'une stabilisation de la définition de l'investissement	72
1.2.1. La période pré- <i>Salini</i> : la contribution aux critères.....	72
1.2.2. L'affaire <i>Salini</i> : La mise en place de critères objectifs d'identification de l'investissement.....	75
1.3. La tendance vers l'extension : La période post- <i>Salini</i> et la désharmonie des sentences arbitrales	78
2. L'extension du champ de la recevabilité : l'exemple de la clause de la nation la plus favorisée	84
2.1. Une extension extravagante	85
2.2. La mise en place de délimitation.	93
Conclusion.....	99
Bibliographie	102

Liste des abréviations

A.F.D.I.	Annuaire français de droit international
Amer. J.Int'l L.	American Journal of International Law
ALENA	Accord de Libre-Échange Nord-Américain
Brit. Y.B. Int. L.	British Year Book of International Law
CDI	Commission du droit international
CIJ	Cour internationale de Justice
CPJI	Cour permanente de justice internationale
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux Investissements
CNF	Clause de la Nation la plus favorisée
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Économique
ONU	Organisations des Nations Unies
R.G.D.I.P.	Revue Générale de Droit International Public.
TBI	Traité bilatéral d'investissement
TDM	Transnational Dispute Management

A ma famille

Remerciements

Je tiens à exprimer ma gratitude pour le professeur Hervé Prince d'avoir accepté de diriger ce travail et dont le soutien a permis de le mener à bien.

Introduction

Il y a plus d'un demi-siècle, George Abi-Saab publia sa monographie sur les exceptions préliminaires¹. Il présagea alors que ces dernières allaient être de plus en plus invoquées, et que leur champ d'application allait être considérablement élargi. Cet auteur, qui deviendra plus tard un éminent internationaliste, a bien démontré qu'il était un vrai visionnaire. En effet, le nombre d'affaires où des exceptions préliminaires ont été soulevées n'a cessé d'augmenter au fil des années. Leur invocation est devenue aujourd'hui quasi systématique devant la plupart des juridictions internationales².

Parmi les institutions classiques du procès international on y trouve « les incidents de procédure »³. Elles sont définies comme étant « l'ensemble des conclusions autres que la demande et son rejet au fond »⁴.

La liste de ces incidents a été dressée par le Règlement de la CIJ dans son titre III. Elle inclut les mesures conservatoires, les exceptions préliminaires, les demandes reconventionnelles, l'intervention, le renvoi spécial devant la Cour et le désistement. Les exceptions préliminaires ainsi que le désistement sont considérés comme des « incidents de procédures » en raison de l'impact qu'elles ont sur la compétence et l'instance. Tandis qu'en raison de leur annexion à la demande principale, les

¹ Georges ABI-SAAB, *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale: étude des notions fondamentales de procédure et des moyens de leur mise en œuvre*, Paris, Pedone, 1967, p. 23.

² Voir par exemple : Chan-Tung LUDOVIC, « Exceptions Preliminaires Devant la Cij: Les Clairs-Obscurs d'Une Theorie, Les », (2007) 40 *Rev. Belge Droit Int. Belg. Rev. Int. Law* 437. Maryline GRANGE, *Compétence du juge et recevabilité de la requête [Texte imprimé]: leurs relations dans l'exercice du pouvoir juridictionnel. L'exemple de la Cour internationale de justice*, sn, 2011. JEAN-MARC SOREL et FLORENCE POIRAT, *Les procédures incidentes devant la Cour internationale de justice : exercice ou abus de droits*, Paris, Pedone, 2001. Jo M. PASQUALUCCI, « Preliminary objections before the Inter-American Court of Human Rights: legitimate issues and illegitimate tactics », (1999) 40-1 *Va. J. Int. Law* 1–114.

³ JEAN-MARC SOREL et FLORENCE POIRAT, préc., note 2, p. 10.

⁴ CARLO SANTULLI, *Droit du contentieux international*, Paris, Montchrestien, 2005, p. 426.

demandes reconventionnelles, l'intervention et les mesures conservatoires sont considérées comme des « incidents de fond »⁵.

Dans le silence de la jurisprudence, c'est la doctrine qui s'est efforcée de donner une définition qui renfermerait tous les éléments de l'institution. L'une des plus anciennes est celle avancée par Anzilotti dans son opinion dissidente au sujet de l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*. Pour lui « *une exception préliminaire est une exception dont le but et l'effet sont d'empêcher le procès devant la Cour, sans préjuger la question de savoir si le droit réclamé par le demandeur existe ou non.* »⁶.

Toutefois, cette définition est incomplète dans la mesure où elle met l'accent uniquement sur le résultat de l'exception.

La définition fournie par le *Dictionnaire de la terminologie du droit international* semble être plus inclusive. Elle prend en considération à la fois le temps et sa finalité procédurale. L'exception préliminaire est ainsi définie comme :

*« un moyen invoqué au cours de la première phase d'une instance et tendant à obtenir que le tribunal saisi tranche une question préalable avant d'aborder l'examen du fond de l'affaire, le but de l'exception étant le plus souvent d'obtenir qu'il ne soit pas passé à l'examen du fond. »*⁷.

Par ailleurs, soulignons que la technique des exceptions préliminaire est liée à celle de la compétence de la compétence (*Kompetenz-Kompetenz*). Cette dernière, qui existait déjà dans la pratique arbitrale du XIX^{ème} siècle, signifie que l'organe

⁵ *Id.*, p. 12.

⁶ *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, ordonnance du 5 décembre 1939, CPJI série A/B n° 79, p 194.

⁷ *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, 1960, p. 273.

arbitral ou judiciaire possède la capacité de statuer lui-même sur sa compétence de traiter le fond d'une affaire donnée⁸.

En effet, il faut rappeler que la technique des exceptions préliminaire, qui est liée à cette règle de la compétence de la compétence, est avant tout le reflet d'une règle coutumière et constitue une partie intégrante de la compétence incidente de toute juridiction internationale⁹.

Bien que cette règle existait déjà dans la pratique arbitrale internationale aucun texte écrit ne la contenait ouvertement. En réalité, c'est dans le Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale qu'elle a été expressément incluse pour la première fois, ce qui constituait un grand pas et une réelle rénovation à l'époque. A cet égard, il convient de souligner que les exceptions préliminaires n'étaient guère mentionnées dans le premier règlement de la CPJI. Outre le fait que les questions procédurales ne constituaient pas les premières priorités, il n'y avait pas de souhait à l'époque que la Cours soit restreinte dans ses activités procédurales par des dispositions réglementaires. Ce n'est qu'en 1926, lors de la révision du Règlement, que les termes « exception préliminaire » firent introduits officiellement. L'article 38 prévoyait que « lorsque l'instance est introduite par requête, toute exception préliminaire est proposée après la présentation du mémoire de la partie demanderesse et dans le délai fixé pour la présentation du contre mémoire»¹⁰.

Depuis, les exceptions préliminaires ont connu une multiplication impressionnante au point qu'elles sont devenues omniprésentes dans le contentieux de la Cour¹¹.

⁸ Pour plus de développement voir Étienne GRISEL, *Les exceptions d'incompétence et d'irrecevabilité dans la procédure de la Cour internationale de Justice*, coll. Publications universitaires européennes. Section II, Sciences juridiques, n°8, Berne, Lang & Cie, 1968.

⁹ Voir G. ABI-SAAB, *préc.*, note 1, p. 23.

¹⁰ Pour un historique plus détaillé voir Santiago TORRES BERNARDEZ, « La modification des articles du règlement de la Cour internationale de Justice relatifs aux exceptions préliminaires et aux demandes reconventionnelles », (2003) 49-1 *Annu. Fr. Droit Int.* 207–247.

¹¹ Voir note 2.

À ce titre, il convient de souligner l'étrange appellation trompeuse qui cache la réalité procédurale de ces exceptions. Elles ne sont pas, aujourd'hui, des exceptions mais plutôt une phase de procédure fréquente, presque obligatoire, dans le contentieux international. D'ailleurs, la place de choix qu'elles occupent au sein du procès international n'a pas fait hésiter l'ancien président de la CIJ, Mohamed Bedjaoui, de qualifier leur traitement de procès dans le procès¹².

C'est face à cette importance grandissante, et à l'instar de la majorité des juridictions internationales, que les rédacteurs du Règlement de procédure CIRDI se sont vue consacrer un article de six paragraphes dédié uniquement aux questions relatives aux exceptions préliminaires¹³. Concomitamment, une jurisprudence importante s'est développée au fil des années pour combler les multiples lacunes textuelles.

S'agissant du traitement de ces exceptions, historiquement, dans les années trente, la jurisprudence de la Cour permanente a appréhendé la notion procédurale d'exception préliminaire en dissociant son caractère comme tel de son fond. De la sorte, il était considéré que l'exception soulevée à un stade initial sera tranchée en phase préliminaire seulement si d'après sa nature elle ne constitue pas un moyen de défense au fond, et si d'après son objet lui-même elle est susceptible d'être adjugée *in limine* sans se prononcer sur le fond de l'affaire ou le préjuger¹⁴.

Aujourd'hui, le droit du contentieux international révèle que la majorité des juridictions internationales ont emboité le pas à la Cour internationale¹⁵. On remarque que deux aspects fondamentaux concernant l'appréhension des exceptions préliminaires se dégagent. L'un ayant trait aux questions substantielles ; l'autre s'attachant aux

¹² Mohammed BEDJAOU, « La "fabrication" des arrêts de la Cour Internationale de Justice. », éd. Pedone, sect. Mélanges Michel Virally, Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement (1991), p. 86-107 à la page 89.

¹³ Il s'agit de l'article 41 de la Convention CIRDI, il est intitulé « Déclinatoires et moyens préliminaires »

¹⁴ Voir S. TORRES BERNARDEZ, préc., note 11, 212.

¹⁵ Expression utilisée par les internationalistes pour désigner à la fois la CIJ et la CPJI. Voir note 2.

questions procédurales. C'est sur la base de cette distinction notable que nous tenterons de livrer une analyse du traitement réservé aux exceptions devant le CIRDI.

Cela étant précisé, dans ce contexte de multiplication des exceptions et d'amplification de leurs enjeux, nous allons nous interroger sur l'existence d'un réel cadre juridique qui appréhende leur utilisation. En effet, avec le soulèvement fréquent dont ils sont l'objet, se pose le problème de la consécration d'un ensemble de règles solide leur garantissant un traitement cohérent et transparent devant les tribunaux CIRDI.

En d'autres termes, étant donné la multiplication impressionnante des exceptions préliminaires devant le CIRDI, nous nous demandons si elles bénéficient d'un cadre juridique stable qui offre une réelle prévisibilité dans leur traitement. Est-ce que les règles en question sont assez cohérentes pour former un réel cadre juridique ou s'agit-il simplement d'une panoplie de normes éparpillées soumises aux aléas du procès arbitrale.

A cet égard, l'analyse de la pratique CIRDI démontre que les exceptions préliminaires bénéficient d'un traitement procédural bien particulier. En effet, la singularité de l'institution, ainsi que les enjeux qu'elle engendre, ont débouché sur la consécration d'un ensemble de règles procédurales qui, malgré leur flexibilité extravagante, renferment une certaine cohérence pour former un régime procédural propres aux exceptions **(premier chapitre)**.

Quant à l'objet des exceptions, l'analyse démontre qu'il est manifestement réparti entre deux concepts : compétence et recevabilité. Toutefois, son traitement revêt un caractère clair-obscur dû, principalement, à l'absence de stabilité dans la répartition *matérielle* entre les deux concepts et, accessoirement, à certains comportements des acteurs contentieux impliqués. De surcroit, cette ambiguïté se trouve doublée par une politique d'extension excessive du champ de l'objet, compétence et recevabilité, qui rend l'identification de ses contours difficilement opérable **(deuxième chapitre)**.

Dans ce sens, il est crucial de rappeler que les règles relatives au traitement, tant substantielles que procédurales, des exceptions sont censées concourir à la stabilité et à la prévisibilité de l'exercice de la fonction juridictionnelle et, par conséquent, à la consolidation de cette fonction. Dans cette perspective, toute étude qui leur est consacrée présente un intérêt particulier en ce qu'elle permet de rendre plus accessible, et donc plus stable et cohérente, leur pratique très complexe.

Toutefois, il convient de préciser d'emblée que notre propos n'a nullement pour objet de faire un simple état des lieux en juxtaposant l'ensemble des règles applicables. Une telle démarche serait peu fructueuse et resterait certainement sans perspective. Nous tenterons plutôt de mettre en exergue les principes qui inspirent ces règles ainsi que les logiques sous-jacentes auxquels les tribunaux CIRDI font appel lorsqu'ils sont confrontés aux exceptions préliminaires.

Aussi, il nous incombe d'indiquer, à propos du volet substantiel, que nous ne traiterons pas de l'objet de l'exception préliminaire en tant que tel. Il ne s'agit pas ici de faire l'inventaire des matières qui relèvent, devant le CIRDI, de la compétence et les distinguer de celles renfermées dans la recevabilité. Outre l'interminable liste des exemples possibles, une telle initiative ne sera pas d'un grand apport pour notre recherche.

Nous nous focaliserons plutôt sur l'objet de l'exception tant du point de vue de la qualification que de l'appréhension. Nous ferons la lumière sur certaines problématiques récurrentes, qui laissent souvent planer des contradictions prêtant à confusion dans la pratique CIRDI. Autrement dit, nous aborderons l'épineuse question de la distinction entre compétence et recevabilité. Cette dernière est tantôt observée, tantôt complètement ignorée par les acteurs contentieux du procès CIRDI. Ainsi, nous nous interrogerons sur l'existence d'une réelle distinction entre les deux concepts et l'impact qu'elle pourrait avoir sur le résultat escompté. Une analyse de la dichotomie, sur le plan à la fois pratique et théorique, permettra sans doute de faire jaillir quelques lumières d'éclaircissement sur l'ambiguïté qui imbibe cette question, et

donnera éventuellement aux contradictions pratiques une apparence moins dissonante.

De même, nous tenterons de comprendre les raisons derrière l'extension permanente du champ de la compétence et de la recevabilité devant les tribunaux CIRDI. À travers certains exemples, nous essayerons d'élucider ce phénomène de manipulation de l'objet de l'exception par la dilatation continue de ses frontières.

Enfin, il reste à souligner que nous sommes conscients des limites que le temps et l'espace restreints imposent à une telle démarche. Nous ne prétendons guère à l'exhaustivité, les questions que la procédure ainsi que le fond des exceptions préliminaires soulèvent étant très nombreuses. En revanche, nous nous efforcerons de mettre en exergue celles qui semblent soulever le plus d'intérêt et répondre d'une façon immédiate aux interrogations posées.

PREMIER CHAPITRE - UN ENCADREMENT PROCÉDURAL SOUPLE

Il convient de démontrer d'emblée que l'appréhension des exceptions préliminaires se fait d'abord à travers une panoplie de règles procédurales qui se distinguent de l'exception elle-même, ou de ce qu'il communément qualifier du « fond » de l'exception. Le premier acte procédural, distinguant la procédure de l'exception de son fond, est incarné par le dépôt. Ce dernier poursuit des finalités multiples qu'il convient de mettre en évidence (I). Cette distinction trouve sa concrétisation ultime dans l'existence d'un ensemble de conditions procédurales liées au moment de l'introduction de l'exception (II).

I. L'indépendance des règles procédurales : La distinction entre le fond de l'exception et sa procédure

Historiquement, dès les débuts de l'apparition des exceptions devant la Cour permanente de justice internationale la tendance était vers la séparation entre l'exception en tant que telle et sans objet. A travers le temps, cette tendance s'est confirmée pour se répandre devant la majorité des juridictions internationales¹⁶. Il est ainsi indispensable, pour mieux cerner le régime et les enjeux qui entourent l'exception, de d'abord mettre en lumière cette distinction et définir chacun des concepts en présence (1.), pour ensuite mettre en exergue le coté procédural incarné notamment par le dépôt (2.).

¹⁶ Voir exemples cité dans note 2.

1. Le fond de l'exception : compétence et recevabilité

Il est indispensable de cerner les concepts en jeu afin de mieux comprendre, par la suite, les enjeux que présente leur traitement et la manipulation dont ils peuvent faire l'objet. Ainsi, il ne s'agit pas ici de démontrer le traitement que les tribunaux CIRDI réservent à l'objet, mais plutôt de mettre en évidence le concept de compétence et de recevabilité comme objet de l'exception, et par la même son indépendance vis-à-vis de la procédure.

1.1. Compétence : un concept aux multiples contours

Tout comme en droit interne, le concept de compétence de la juridiction internationale occupe une place de choix dans le procès international. En effet, en droit interne l'idée de compétence est liée principalement à la compétence concurrentielle entre les différents tribunaux¹⁷.

Toutefois, si ce concept est lié en droit interne à la répartition entre organes du même ordre, dans l'ordre juridique international, où les juridictions sont juxtaposées, la donne diffère considérablement. L'absence de concurrence entre ces juridictions internationales empêche de projeter le concept de compétence de droit interne dans cet ordre qui ne connaît aucune hiérarchie entre ses tribunaux. Ainsi, la concurrence que connaissent les tribunaux internes ne trouve pas à s'appliquer dans l'ordre international. Et même dans les rares situations où cette concurrence pourrait avoir lieu, l'existence de règles « obligatoire » de répartition fait ouvertement défaut. Le principe du consensualisme qui puise sa source dans la souveraineté des Etats empêche l'établissement de telles normes¹⁸.

¹⁷ Voir par exemple Philippe THERY, « Compétence », in Denis ALLAND, Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige, Lamy-PUF, Paris, 2003, p. 251.

¹⁸ Pour davantage de développements sur ce sujet voir M. GRANGE, préc., note 2, p. 67-68.

Quoi qu'il en soit, notre démarche ici n'a pas pour objet de couvrir tous les aspects du concept de la compétence, mais plutôt de dégager les grandes lignes qui permettent de mieux le comprendre et, surtout, appréhender le contexte des enjeux qu'ils présentent (1.1.1.). Pour mieux cerner ce concept il est également nécessaire de le distinguer des autres concepts auxquels il est souvent assimilé (1.1.2.)

1.1.1. Le concept de compétence du juge ou de l'arbitre en droit international

Le concept de compétence est expressément mentionné dans les instruments CIRDI. A titre d'exemple, l'article 25 de la Convention CIRDI traite directement de la compétence du Centre, il prévoit que :

« (1) La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un État contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre État 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.»

Aussi, l'article 36 paragraphe 3 dispose dans son premier point que :

«(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. »¹⁹.

¹⁹ Voir aussi l'article 41 (1) qui prévoit que : « Tout déclinatoire fondé sur le motif que le différend ou toute demande accessoire ne ressortit pas à la compétence du Centre ou, pour toute autre raison.. »

Les enjeux que présente ce concept sont immenses et son importance n'est plus à démontrer. Néanmoins, et malgré cette importance, ni la Convention ni le Statut ne définissent le concept de compétence²⁰.

Traditionnellement, la compétence du juge international est définie comme étant la capacité de connaître d'une affaire donnée. C'est ainsi que la Cour internationale de justice dans son avis consultatif relatif aux jugements du Tribunal administratif de l'O.I.T. sur requêtes contre l'Unesco, explique que :

« Les termes 'compétent pour connaître' [compétent to hear] employé dans la demande d'avis signifient qu'il s'agit de déterminer si le Tribunal administratif était juridiquement qualifié pour examiner les requêtes dont il était saisi et statuer au fond sur les prétentions qui y étaient énoncées...»²¹.

De même, et bien avant cet avis consultatif, le juge Moore dans son opinion dissidente dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, a défini la compétence comme étant : « Le pouvoir en vertu duquel les fonctionnaires judiciaires connaissent d'une affaire »²².

La doctrine de son côté a adopté cette conception avec des définitions plus au moins différentes, mais qui coulent toutes dans le même sens.

²⁰ À titre d'exemple, dans la première édition de son livre « *ICSID convention : A commentary (2001)* », Schreuer a consacré plus de 250 pages uniquement pour commenter l'article 25 du Règlement CIRDI. Christoph H. SCHREUER, *The ICSID Convention: a commentary : a commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, Cambridge etc., Cambridge University Press, 2001. Voir aussi édition 2010.

²¹ Avis consultatif relatif aux jugements du Tribunal administratif de l'O.I.T. sur requêtes contre l'Unesco, 23 Octobre 1956, CIJ, recueil 1956, p. 77

²² *Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt du 30 août 1924, C.P.J.I. série A n°2, par. 74

Ainsi, à titre d'exemple, Bos voyait la compétence comme étant le pouvoir du juge de « connaître du différend entre les parties en cause sur la question juridique qui lui est soumise et qui porte sur les faits donnés »²³.

Néanmoins, cette définition ne couvre qu'un aspect de la compétence. En effet, il existe une autre définition qui l'appréhende d'un angle différent, celui de la sphère à l'intérieur de laquelle le tribunal exerce son pouvoir. A ce titre, la compétence est définie comme étant « ce dont une juridiction peut connaître »²⁴. L'accent est ainsi mis sur les catégories de différends qui relèvent du pouvoir de la juridiction.

Bien que cette définition, portant sur le deuxième sens de la compétence, semble englobante, Grange a refusé dans sa thèse d'y adhérer considérant qu'elle omet un élément fondamental, le consentement étatique. Elle estimait que la définition est incomplète du moment qu'elle ne mentionne pas l'instrument de l'engagement juridictionnel qui constitue la base même de la compétence. Selon elle, cela conduirait inéluctablement à confondre la compétence du juge avec le pouvoir juridictionnel : « nous n'appréhendons pas la compétence comme un pouvoir mais comme la capacité d'utiliser un pouvoir préexistant dans un champ déterminé par les parties »²⁵. En d'autres termes, la compétence du juge international se vérifie au cas par cas et ne peut être fondée sur l'unique idée d'une présomption de compétence. En droit international, la compétence d'un arbitre dans une affaire donnée ne lui confère pas forcément compétence pour une affaire similaire, il faut revenir chaque fois à l'instrument conventionnel fondateur de l'engagement juridictionnel. Le consentement doit être examiné à nouveau pour le cas d'espèce afin que le juge ou l'arbitre puisse ensuite mettre en œuvre son pouvoir juridictionnel. De la sorte, l'établissement par le juge de l'existence d'un élément commun de consentement entre les parties est le seul moyen qui permet de confirmer la compétence dans une

²³ Maarten BOS, *Les conditions du procès en droit international public*, coll. Bibliotheca Visseriana dissertationum ius internationale illustrantium, n°19, Lugduni Batavorum, Brill, 1957, p. 90.

²⁴ CARLO SANTULLI, préc., note 4, p. 137.

²⁵ M. GRANGE, préc., note 2, p. 69.

affaire donnée et, par la même, exercer le pouvoir juridictionnel²⁶. De ce fait, selon Grange :

« La compétence est la capacité d'un juge à exercer son pouvoir juridictionnel, préalablement déterminé par son statut, à l'égard d'un différend, capacité résultant de la rencontre des consentements des Etats parties à ce différend à ce qu'il en soit ainsi »²⁷.

Bien que cette définition semble complète, il est difficile de voir en elle une définition nouvelle totalement dans le sens où elle ne fait que détailler la définition principale. En effet, il nous semble évident et logique que l'instrument conventionnel soit vérifié afin d'établir la rencontre des consentements et ainsi déclarer la compétence. Mais cela n'exige pas pour autant la nécessité d'avancer une telle précision dans la définition. Dire que la compétence est ce dont une juridiction peut connaître implique naturellement l'examen de la rencontre des consentements pour le cas d'espèce. De surcroît, et à titre d'exemple, la rencontre immédiate des consentements n'est pas exigés dans toutes les situations. Ainsi, lorsque l'acceptation de la compétence CIRDI est établi par une loi de l'Etat hôte de l'investissement le consentement est automatiquement étendu une fois l'investissement tombe sous le coup de cette loi.

Pour cette raison, et aux fins de cette étude, nous adhérons à la définition classique établie par la doctrine pour considérer la compétence comme un concept qui couvre deux sens, d'une part, « ce dont une juridiction peut connaître », et, d'autre part, « l'aptitude à connaître d'une affaire donnée »²⁸.

Cela étant établi, il convient de dissiper quelques nuages de confusion qui peuvent entourer ce concept déjà difficilement cernable. Il est question maintenant de distinguer notamment entre compétence, pouvoir juridictionnel et saisine.

²⁶ *Id.*

²⁷ *Id.*, p. 70.

1.1.2. Les concepts limitrophes

Tel que mentionné dans le paragraphe précédent, l'ambiguïté qui entoure ce concept, ainsi que le débat doctrinal qui s'en est suivi, créent un terrain favorisant l'assimilation à d'autres concepts avoisinants.

A cet égard, il faut préciser que bien que la définition que nous avons choisie est loin de faire l'objet d'un consensus, elle nous semble suffisante pour repousser l'amalgame et permettre de distinguer le concept de la compétence des autres concepts procéduraux auxquels il est arbitrairement assimilé.

Ainsi, parmi les concepts souvent confondu avec la compétence on trouve principalement celui du pouvoir juridictionnel (*jurisdiction* en anglais) et de de la saisine.

1.1.2.1. Le pouvoir juridictionnel

En réalité, cette confusion est beaucoup plus apparente dans la littérature anglophone. La littérature francophone, quant à elle, semble échapper à ce débat doctrinal.

Dans ce sens, le Chapitre II de la Convention CIRDI, dans sa version anglaise, traite de la « *Jurisdiction* » du Centre, alors que dans sa version française le terme employé est « Compétence » du Centre²⁹. L'article 25 (1) dans sa version anglaise dispose que :

« The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to

²⁸ CARLO SANTULLI, préc., note 4, p. 137.

²⁹ Voir la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États de 1965, Chapitre II.

the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally ».

De même, l'article 36 (3) prévoit que :

« The Secretary-General shall register the request unless he finds, on the basis of the information contained in the request, that the dispute is manifestly outside the jurisdiction of the Centre. He shall forthwith notify the parties of registration or refusal to register ».

Tandis que dans l'article 41 (1), tel que mentionné précédemment, emploie le terme « compétence ».³⁰

A ce propos, certains auteurs rejettent l'existence d'une quelconque différence entre les deux concepts et considèrent, comme Sir Gerald Fitzmaurice, les deux termes comme de simples synonymes ou une triviale variante terminologique³¹.

De même, Shabtaï Rosenne, bien qu'il considère qu'il est préférable d'envisager une distinction entre pouvoir juridictionnel (*jurisdiction*) *stricto sensu* et la compétence, admet dans le fond que cette distinction terminologique ait un caractère relativement subsidiaire :

« [w]hile the question of terminology may not be of major importance, and indeed the maintenance of some flexibility is even desirable, it is suggested that in so far as concerns the Court, jurisdiction is a stricter concept than competence. Jurisdiction relates to the capacity of the

³⁰ L'article 41 (1) dispose que « Tout déclinatoire fondé sur le motif que le différend ou toute demande accessoire ne ressortit pas à la compétence du Centre ou, pour toute autre raison... ».

³¹ Gerald FITZMAURICE, « The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-1954 : Questions of jurisdiction, competence and procedure », *B. Y. B. I. L.* 1958, 8-9.

Court to decide a particular case with final and binding force. Competence on the other hand, is more subjective and introduces an element of discretion. It includes both jurisdiction and the propriety of the Court's exercising its jurisdiction in the particular circumstances. »³².

Ce refus de dissociation entre les deux concepts puise probablement sa source dans certains énoncés jurisprudentiels. L'exemple le plus parlant en l'occurrence est vraisemblablement celui de la CIJ dans l'affaire des *Concession Mavrommatis*. La Cour a estimé que la question de la distinction n'est que secondaire et a affirmé qu'« elle n'a pas à se demander notamment si compétence et juridiction, incompétence et fin de non-recevoir, doivent être considérées toujours et partout comme des expressions synonymes. »³³.

Cependant, même s'il paraît à la lecture de certaines jurisprudences, ou certaines positions doctrinales, qu'il ne s'agit que d'une variante terminologique, il est très difficile de céder à cette position.

Tel que le soulève Zeiler, il est regrettable que les rédacteurs de la Convention CIRDI laissent planer le doute et la confusion autour du sens et de l'intérêt de cette distinction. Il se pose ainsi la question s'il s'agit d'une résultante de la richesse de la langue anglaise ou s'agit-il d'une distinction entre deux concepts différents³⁴.

Face à une telle interrogation, il est sans doute important de rappeler que le langage juridique est connu notamment pour sa subtilité, sa rigidité et sa transparence. Les variantes terminologiques pourraient non seulement induire en erreur mais encore créer de sérieux problèmes d'interprétation. Ainsi, il serait assez naïf de croire que

³² Shabtai ROSENNE, *The law and practice of the International Court, 1920-2005*, 4th edition / with the assistance of Yael Ronen, II, Leiden, Nijhoff, 2006, p. 522-528.

³³ Affaire *Concessions Mavrommatis* en Palestine, C.P.J.I série A n 2 (1924), P. 10.

³⁴ Gerold ZEILER, « Jurisdiction, Competence and Admissibility of Claims in ICSID Arbitration Proceedings », *Int. Invest. Law 21st Century Essays Honour Christoph Schreuer* 2009.76-91, 78.

les rédacteurs de la convention CIRDI avaient utilisé deux termes différents pour désigner la même chose.

A cet égard, le professeur Combacau explique clairement la réalité de cette distinction en soulignant que :

« « compétence » et « pouvoir » apparaissent comme à peu près interchangeables aux yeux d'une très grande majorité de la doctrine [...] il y a certainement un inconvénient pratique à ce qu'un mot, celui de compétence [...], désigne tantôt un concept large et multiple, celui de pouvoir, tantôt un élément de ce concept qui est lui-même un concept, ou peut-être encore un concept différent, celui de compétence. Si compétence veut dire tantôt un certain nombre de choses diverses parmi lesquelles figure la chose pouvoir, tantôt une chose particulière qui ne serait pas le pouvoir, il y a intérêt [...] à réserver à chacun des deux mots un sens qui soit propre [...] »³⁵

De la sorte, la compétence du juge ou de l'arbitre ne peut être confondue avec celle du pouvoir juridictionnel, les deux concepts sont clairement différents.

Dans cette perspective, George Abi-Saab avance un critère substantiel qui pourrait mieux clarifier cette distinction. Ce critère consiste à considérer la « *jurisdiction* » comme étant la description de l'activité de la juridiction et les pouvoirs qui lui sont rattachés pour la réaliser. La compétence, quant à elle, serait une délimitation du champ de mise en œuvre de cette activité et de ces pouvoirs pour une affaire donnée.

³⁵ Jean COMBACAU, « Conclusions », in S. F. D. I., Les compétences de l'Etat en droit international, *Pedone, Paris*, 2006, 304-308. Selon l'auteur, les tribunaux « détiennent, c'est leur concept même, le pouvoir juridictionnel, c'est-à-dire celui de prononcer des énoncés légaux revêtus d'une autorité légale, pouvoir qui résulte habituellement de leur statut, loi ou convention multilatérale [...]. Mais ce pouvoir, ils ne l'exercent –ils ne peuvent légalement l'exercer : c'est là une question de « titre »- que dans deux limites ; d'abord, il faut que les conditions posées par les règles statutaires soient satisfaites [...] ; ensuite le pouvoir juridictionnel n'est susceptible d'exercice que dans la mesure où [...] la « compétence » pour connaître de l'affaire leur a été attribuée [...] par les parties [...]. En d'autres termes la compétence, quand on veut bien la distinguer du pouvoir avec lequel elle fait

Ainsi selon George Abi-Saab :

« La juridiction envisage 'l'activité du juge' dans ce qu'elle a 'd'original et de spécifique', alors que la compétence envisage l'organisation judiciaire d'un système juridique donné, c'est-à-dire la répartition des affaires entre les différents organes juridictionnels de ce système ou, ce qui revient au même, la désignation pour chaque organe des affaires qui sont de son ressort »³⁶.

Il faut donc distinguer les deux concepts en dépit des enchevêtrements qui pourraient exister. Le pouvoir juridictionnel renferme l'ensemble des moyens mis à la disposition du juge ou de l'arbitre afin de pouvoir trancher un litige. Tandis que la compétence concerne le consentement des parties à ce que ce pouvoir puisse être exercé dans le cas d'espèce.

Dans ce sens, c'est avec pertinence que Schreuer avait souligné, à propos de la Convention CIRDI, que :

« Under the Convention's terminology the word 'jurisdiction' refers to the requirement set out in Art. 25, which are conditional for the power of a conciliation commission or arbitral tribunal. 'Competence' refers to the narrower issues confronting a specific tribunal, such as its proper composition or *lis pendis* »³⁷.

1.1.2.2. La saisine

Tout comme le pouvoir juridictionnel, la saisine est souvent confondue avec la compétence alors qu'il s'agit d'un concept totalement distinct.

couple, est une notion purement négative, qui suggère une idée de limite : une autorité détient un pouvoir, qu'elle peut exercer dans la limite de sa compétence ».

³⁶ G. ABI-SAAB, préc., note 1, p. 60.

³⁷ C. H. SCHREUER, préc., note 21, p. 531.

En effet, elle se définit comme étant « la prise de connaissance par la Cour d'une situation litigieuse dûment introduite devant elle, en vue d'instruire et éventuellement de trancher la ou les demandes qui s'y attachent »³⁸.

Cela signifie que la saisine est indépendante de la question de la compétence de l'arbitre ou du juge international. Les conditions d'accès des parties au prétoire de l'arbitre international est une question qui n'est pas forcément renfermée dans celle la compétence³⁹.

Certes, on ne peut nier l'interconnexion qui existe entre compétence et saisine du fait que la saisine est également soumise au consentement des parties. Toutefois, cela n'implique pas nécessairement un traitement commun. Les règles de saisine sont souvent incluses dans le statut de la juridiction auquel les parties avaient déjà consenti, alors que les règles de compétence se trouvent dans l'instrument fondant l'engagement juridictionnel. Ainsi, à titre d'exemple, la Convention de Washington dans son article 36 paragraphe 1 prévoit le dépôt d'une requête auprès du Secrétaire général du CIRDI pour que lui, à son tour, procède à sa notification à l'autre partie, et, par ailleurs, offre la possibilité d'introduire les requêtes conjointement⁴⁰.

En réalité, ce qui induit souvent en erreur et prête à confusion c'est le fait que les conditions de saisine peuvent être inscrite dans le titre de compétence, comme c'est le cas souvent pour les TBI. Mais en réalité les deux restent indépendants dans le sens où le consentement à la compétence s'exprime séparément de celui lié aux conditions de saisine prévue dans le statut⁴¹. Ainsi, la ratification de la Convention de

³⁸ G. ABI-SAAB, préc., note 1, p. 49.

³⁹ Pour plus d'approfondissement voir Mathias FORTEAU, « La saisine des juridictions internationales à vocation universelle (CIJ et TIDM) ». in HELENE RUIZ FABRI, Jean-Marc SOREL, CENTRE D'ETUDES ET DE RECHERCHES DE DROIT INTERNATIONAL. PARIS et UNITE MIXTE DE RECHERCHE DE DROIT COMPARE. PARIS, *La saisine des juridictions internationales [Texte imprimé]*, coll. Collection contentieux international, Paris, Pedone, 2006.

⁴⁰ L'article 36 (1) prévoit qu' « Un État contractant ou le ressortissant d'un État 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. ». Voir aussi article 1 (2) du Règlement d'introduction d'instance et l'article 2 (2) du Règlement CIRDI (MS).

⁴¹ Pour plus de développement à propos des conditions de la saisine en droit du contentieux international voir CARLO SANTULLI, préc., note 4, p. 393-399.

Washington de 1965 se fait souvent bien avant la ratification des TBI ou la promulgation des lois d'offre d'arbitrage.

En définitive, la saisine n'est pas la compétence mais plutôt un moyen préliminaire indispensable pour la mise en œuvre de la compétence. Cette distinction a été résumée parfaitement par Weil :

«même une fois établie par l'accord des parties, la compétence de la Cour pour connaître d'un différend n'est qu'une potentialité à l'état de puissance ; pour que cette virtualité devienne effective, il faut passer à l'acte [...] en recourant à l'un ou l'autre des modes de saisine prévus par le Statut. La compétence n'est rien sans l'acte de saisine qui en rend possible l'exercice.»⁴²

Les contours du concept de « compétence » étant ainsi dégagés, il convient maintenant d'examiner l'autre concept objet de l'exception préliminaire.

1.2.Recevabilité : un concept évasif

Le concept de recevabilité est substantiellement difficile à cerner, son assimilation fréquente à celui de la compétence lui donne un caractère encore plus évasif et rend l'identification de ses contours davantage difficile. Toutefois, et sans vouloir empiéter sur les développements réservés à la seconde partie de ce mémoire, nous tenterons ici de dresser un tableau général qui permettrait, du moins, de comprendre l'essentiel de ce concept pour mieux appréhender, par la suite, l'analyse relative à sa dissociation de la compétence.

⁴² Prosper WEIL, « Compétence et saisine: un nouvel aspect du principe de la juridiction consensuelle », *Theory Int. Law Threshold 21st Century Essays Honour Krzysztof Skubiszewski* 1996.833-848, 839.

Dans le dictionnaire de droit international, la recevabilité est définie comme la « *qualité que doit présenter une demande, une pièce de procédure ou une preuve pour qu'elle soit examinée par l'autorité à laquelle elle est soumise* »⁴³.

En réalité, dans le silence de la jurisprudence⁴⁴, et le manque d'études approfondies réservées à ce concept⁴⁵, une telle définition n'aide pas à cerner objectivement le concept.

Dans ce contexte, la doctrine s'est vue divisée et plusieurs propositions de définition ont été ainsi avancées.

George Abi-Saab est parmi les plus anciens qui ont tenté de fournir une définition complète de la recevabilité. Il s'était bien étalé sur la question dans sa fameuse étude réservée aux exceptions préliminaire devant la Cour⁴⁶.

En se basant sur l'idée que la recevabilité couvre les conditions qui permettent au juge d'exercer son pouvoir, l'auteur nous invite à distinguer entre trois catégories fondamentales afin de mieux cerner le sens de ce concept⁴⁷.

D'abord, les conditions de *recevabilité formelle* qui sont étroitement liées à l'instance elle-même. Il définit cette dernière comme « la procédure engagée devant la Cour dans l'exercice du droit d'action, procédure qui a pour but de faire valoir le droit matériel contesté »⁴⁸. Cette catégorie renferme l'ensemble des conditions de forme ainsi que les délais imposés pour les différents documents et pièce de procédures, à commencer par l'acte introductif d'instance.

Ensuite, les conditions de *recevabilité matérielle* rattachées au droit d'action qui consiste en le droit d'obtenir une décision sur le fond de la demande⁴⁹. Selon l'auteur, le droit d'action se trouve dans une position intermédiaire entre la procédure (l'acte introductif d'instance) et le droit matériel qu'il vise à protéger (le fond), et tend

⁴³ JEAN J. A SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 474.

⁴⁴ George Abi-Saab a déjà soulevé ce point. Voir G. ABI-SAAB, préc., note 1, p. 91.

⁴⁵ Ce sont les seules études connues J. C. WITENBERG, « La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales », (1932) 41 *Recl. Cours Collect. Courses Hague Acad. Int. Law P.* 1-136. G. ABI-SAAB, préc., note 1. É. GRISEL, préc., note 9.

⁴⁶ G. ABI-SAAB, préc., note 1, p. 91-165.

⁴⁷ *Id.*, p. 93.

⁴⁸ *Id.*, p. 93.

⁴⁹ *Id.*, p. 93.

ainsi à se confondre avec eux. Il est indispensable, selon lui, de distinguer clairement ces deux éléments, dont il est en quelque sorte le rattachement, afin de pouvoir identifier les conditions qui lui sont propres. Ces conditions concernent le droit d'action lui-même sans prêter attention au droit substantiel réclamé, et sans donner la moindre importance aux conséquences favorables ou défavorables de la décision sur le fond. En d'autres termes, elles portent sur les conditions nécessaires pour que la juridiction puisse exercer sa fonction et ainsi rendre une décision sur les prétentions des parties⁵⁰.

Enfin, une catégorie plus large, que l'auteur appelle *recevabilité générale*, qui renferment des conditions générales ne relevant pas nécessairement des deux catégories précédentes. Plus précisément, cette catégorie consiste en un « résidu de pouvoir discrétionnaire pour la Cour dans ce domaine, pouvoir qu'elle détient et exerce en vue de sauvegarder l'indépendance et l'intégrité de sa fonction judiciaire »⁵¹. Cette catégorie a donc pour objet principal de protéger les limites de la fonction judiciaire ou arbitrale en traçant les frontières dans lesquelles elle doit être exercée⁵².

Toutefois, l'approche du professeur Abi-Saab n'est pas totalement partagée. Certains auteurs considèrent que la recevabilité n'est qu'un bloc indivisible qui regroupe l'ensemble des objections soulevées à l'encontre de l'exercice du pouvoir juridictionnel. Ainsi, le juge Morelli invite catégoriquement à mettre dans le même sac

⁵⁰ *Id.*, p. 95.

⁵¹ *Id.*, p. 97.

⁵² Dans sa thèse, Grange Maryline réfute cette classification « Nous pensons cependant que la juxtaposition des trois catégories présentées comme constituant le concept de recevabilité est discutable. La recevabilité dite formelle et celle dite matérielle nous semblent viser une même question, qui n'est pas identique à celle de la troisième catégorie. Toutes tendent à la préservation de la fonction judiciaire, mais les deux premières le font par une approche différente de la troisième. Concevoir la recevabilité de la requête comme la vérification du droit d'action est très séduisant et emporte notre conviction, comme nous le démontrerons ultérieurement. Nous n'adhérons cependant pas entièrement à l'acception défendue par le professeur Abi-Saab en raison de cette troisième catégorie, qui tend à autre chose selon nous que la recevabilité de la requête ». M. GRANGE, préc., note 2, p. 85.

tout ce qui tend à faire obstacle à une décision sur le fond, et ce quel que soit la nature de l'obstacle :

« Or il me semble qu'il n'est pas correct de qualifier une demande d'irrecevable en raison du défaut d'une des conditions auxquelles le droit substantiel du demandeur est subordonné; demande qui, loin d'être considérée irrecevable, est jugée au fond et rejetée par une décision qui est justement une décision sur le fond. La recevabilité ne peut que se rapporter aux conditions dont l'absence empêche une décision sur le fond. Mais, dans ces limites, il est bien possible de donner à l'expression un sens très large pour indiquer toutes les conditions ayant ledit caractère, y compris la juridiction. »⁵³

Selon ce courant, la distinction terminologique n'est qu'une question subsidiaire étant donné la réalité de l'exception qui débouche pratiquement sur le même résultat : le rejet de la requête. Ainsi, en droit international, notamment arbitral, le concept de recevabilité s'applique « à tous moyens quelconques, sans distinction de nature, d'origine, ni même de portée, que, pour repousser la demande, le défendeur prend l'initiative de formuler et assume la charge d'établir »⁵⁴. Dans cette situation, ces objections renferment l'ensemble des moyens qui se rattachant tant aux conditions du droit d'agir que celui de l'exercice de ce droit. Et à cela s'ajoute toutes les questions relatives à la forme, la méthode, applicable au gré du défendeur aux moyens qu'il fait valoir et toute question relative à l'organisation de la procédure⁵⁵.

Toutefois, il est très difficile d'adhérer à cette acception qui banalise la différence entre compétence et recevabilité et les réduit à de simples synonymes.

⁵³ *Opinion dissidente de M. MORELLI* jointe à l'arrêt rendu sur les exceptions préliminaires dans l'affaire du *Sud-Ouest africain*, *Recueil C. I. J.* 1962, pp. 564-574, spé. p. 574.

⁵⁴ J. C. WITENBERG, « La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales », (1932) 41 *Recl. Cours Collect. Courses Hague Acad. Int. Law* p. 19.

⁵⁵ *Id.*, 19-20.

Au risque d'empiéter sur nos développements réservés à cette question plus loin, nous nous contenterons de souligner que les deux concepts, en dépit des croisements, sont fondamentalement différents et le résultat final de chacune des objections n'est pas nécessairement le même selon le cas d'espèce⁵⁶. Tel que souligné précédemment, la compétence est étroitement liée à la question du consentement, ce qui n'est pas visiblement le cas de la recevabilité.

Un autre courant, contrairement au précédent, observe la distinction entre les deux concepts et envisage chacun d'eux séparément. Cependant, la recevabilité n'est pas définie en tant que telle, mais négativement par rapport à la compétence. En effet, selon certains auteurs, tout ce qui ne relève pas de la compétence relève de la recevabilité. Ainsi, Grisel la définit comme « les arguments qui, basés sur des prescriptions de procédure, ne visent pas le consentement des parties aux pouvoirs de la Cour »⁵⁷.

En réalité, une telle approche n'apporte aucune précision quant au concept de la recevabilité lui-même dans la mesure où elle ne fournit pas de définition objective. Pour cerner un concept il est indispensable de fournir une définition qui englobe tous les éléments qui le constitue et exclut, en même temps, ceux qui n'en font pas partie. De surcroît, le fait d'exclure de la sphère de la recevabilité tout ce qui a trait au consentement des parties « aux pouvoirs de la Cour » risque d'écarter tous les pouvoirs reconnus à la juridiction dans son statut, car les parties à un litige donné doivent y avoir nécessairement consenti lors de leur adhésion. Hors, certaines conditions qui sont traditionnellement considérées comme relevant de la compétence peuvent se retrouver introduites dans le statut⁵⁸. Ainsi, il est inapproprié d'exclure du champ de la recevabilité tout ce qui se rapporte à la compétence. Seul pourrait être

⁵⁶ Voir la deuxième partie de ce mémoire, section sur la réalité de la dichotomie compétence-recevabilité.

⁵⁷ Etienne GRISEL, *Les exceptions d'incompétence et d'irrecevabilité dans la procédure de la Cour internationale de Justice*, Ed. Herbert Lang & Cie, Berne, 1968, 241 p., spé. p. 225

⁵⁸CARLO SANTULLI, préc., note 6, p. 191.

exclus les éléments liés au consentement spécifique quant à l'exercice par le juge du pouvoir juridictionnel⁵⁹.

Enfin, il reste un dernier courant, incarné par le professeur Santulli, qui propose une définition relativement plus intéressante et qui semble être plus englobante. Les partisans de ce courant définissent la recevabilité indépendamment de la compétence et la considèrent comme étant « l'aptitude à exercer le pouvoir juridictionnelle », elle se trouve donc « indépendante de l'examen du bien-fondé de la réclamation, et celui-ci n'a guère de sens si la réclamation n'est pas recevable »⁶⁰. De la sorte, la recevabilité renfermerait les conditions qui permettent à un juge ou un arbitre de trancher une requête dans une affaire dont il peut connaître.

Bien qu'on ait reproché au professeur Santulli un manque sensible de cohérence, il semble que la proposition de classification qu'il avance reste l'une des plus séduisante et des plus englobante⁶¹. Il propose de diviser les conditions de recevabilité en, d'une part, conditions générales qui incluraient tout ce qui a trait à la fonction juridictionnelle (comme l'existence d'un différend ou l'adoption d'une décision), d'autre part, conditions spéciales relatives à la forme des réclamations et

⁵⁹ Voir M. GRANGE, préc., note 2, p. 81. Elle donne l'exemple de l'article 61 Statut de la Cour internationale de Justice qui prévoit que « La révision de l'arrêt ne peut être éventuellement demandée à la Cour qu'en raison de la découverte d'un fait de nature à exercer une influence décisive et qui, avant le prononcé de l'arrêt, était inconnu de la Cour et de la partie qui demande la révision, sans qu'il y ait, de sa part, faute à l'ignorer. ». Elle explique que cette exigence qui est traditionnellement considérée comme relevant de la recevabilité se trouve ainsi inscrite dans le statut qui est soumis au consentement des parties lors de leur adhésion. Ainsi, en se basant sur la définition de ce courant cette condition tomberait dans le champ de la compétence.

⁶⁰ CARLO SANTULLI, préc., note 4, p. 191.

⁶¹ Dans sa thèse, Grange Maryline, souligne le fait que l'approche proposée par le professeur Santulli est très intéressante : « Concevoir la recevabilité d'une requête comme une exigence garantissant l'exercice de la fonction juridictionnelle est une approche séduisante », elle poursuit plus loin dans une perspective critique : « Ce qui nous semble être une absence d'homogénéité entre les catégories propres à caractériser cette exigence nous empêche cependant d'adhérer entièrement à cette approche. Des logiques différentes paraissent soutenir les catégories proposées pour classer les diverses conditions de recevabilité M. GRANGE, préc., note 2, p. 83-84.

la procédure de présentation et qui varient d'une juridiction à une autre (tels l'épuisement des voies de recours internes ou les négociations préalables)⁶².

Quoi qu'il en soit, nous l'avons bien souligné d'emblée, au même titre que la compétence, la recevabilité est un concept évasif et ses contours ne sont guère faciles à cerner. Ainsi, notre démarche s'inscrivait davantage dans une tentative de dégager les traits généraux relatifs contours que de proposer une définition définitive.

Cela étant fait, il convient présentement de les dissocier de la procédure qui constitue une autre dimension de cette même exception. Le soulèvement présente la première manifestation de cette dissociation, il poursuit des finalités multiples et extrêmement importantes qu'il nous incombe d'exposer.

⁶² CARLO SANTULLI, préc., note 4, p. 188-189.

2. Le soulèvement des exceptions : Une action procédurale aux multiples finalités

L'analyse des procès CIRDI démontre que, pour les parties, l'exception préliminaire s'érige en garantie fondamentale du droit de remettre en cause l'exercice du pouvoir juridictionnel de l'arbitre à leur égard (2.1.). Quant aux tribunaux, l'exception préliminaire se présente comme un moyen de protection de leur fonction juridictionnelle. Elle permet de veiller à ce que les différends, dont ils sont appelés à en connaître, ne sortent pas du cadre de la mission qui leur a été assignée dans l'engagement juridictionnel (2.1.).

2.1. Garantir le droit de contester la fonction juridictionnelle

Il faut souligner d'emblée que le terme « droit » fait référence ici à une option et non une obligation. Les parties ne sont nullement contraintes de mettre en œuvre les exceptions disponibles. Le fondement de ce droit de soulèvement puise sa source essentiellement dans le principe du consensualisme (2.1.1.) et accessoirement dans le principe de l'égalité des parties (2.1.2.).

2.1.1. La protection du consensualisme

S'il n'y a aucun doute sur le caractère incontournable des exceptions préliminaires en tant que droit de défense, il ne faut pas voir en leur consécration une volonté de garantir ce droit à tout prix. L'une des raisons les plus fondamentales de la consécration n'est autre que la protection du consensualisme. Ce dernier est le principal pilier sur lequel le CIRDI fonde sa compétence, et l'exception préliminaire présente, à ce titre, le moyen par excellence pour y garantir un respect irréprochable.

En effet, la nécessité de protéger le consentement oblige qu'un droit de contestation y soit consacré⁶³. Défaut de quoi, les tribunaux risquent de voir leurs prétoires désertés par des parties doublement mécontentes, d'une part, d'un pouvoir juridictionnel imposé auquel elles ont la conviction de ne pas y avoir consenti, et d'autre part, d'être démunies de toute possibilité de s'en défendre. Cela est d'autant plus vrai que ce consentement est souvent lié à une souveraineté dont les Etats sont très jaloux et se démontrent très susceptibles vis-à-vis de la plus banale des actions.

Pour ces raisons, et tel que le rappelle Torres Bernardez, dès le début de son fonctionnement la CPJI s'est vue contrainte de reconnaître au défendeur ce droit et de le consacrer dans le règlement sous la seule justification du consensualisme :

« La réception de ce moyen par le règlement de la Cour fut justifiée en raison du principe qu'un Etat souverain n'est pas tenu de s'expliquer devant un tribunal international sur le fond d'une affaire s'il n'a pas manifesté son consentement à la compétence du tribunal ou s'il ne procède pas que le tribunal international compétent en examine le fond pour le motif qu'une condition préalable fait défaut.»⁶⁴

Si devant le CIRDI, les deux parties au contentieux ont accès à la faculté de soulever des exceptions préliminaires⁶⁵, seul le demandeur, nous semble-t-il, y a accès au titre de la protection du consentement.

En effet, l'exception préliminaire ne puise sa raison d'être dans le consensualisme que lorsqu'il s'agit d'une partie ayant la qualité de défendeur. En d'autres termes,

⁶³Voir JEAN-MARC SOREL et FLORENCE POIRAT, préc., note 2, p. 11.

⁶⁴ Santiago TORRES BERNARDEZ, « La modification des articles du règlement de la Cour internationale de Justice relatifs aux exceptions préliminaires et aux demandes reconventionnelles », (2003) 49-1 *Annu. Fr. Droit Int.* 207-247.

⁶⁵ L'article 41 (2) de la Convention de Washington dispose que « 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. ».

l'exception remplit la fonction de protectrice du consentement seulement lorsqu'il s'agit du défendeur auteur, directement ou indirectement, de la dévolution du pouvoir juridictionnel.

Cela explique d'ailleurs pourquoi au début, devant la CPJI, le droit de soulever des exceptions préliminaires a été consacré uniquement à l'Etat défendeur. Celui-ci étant la partie assignée devant la juridiction, il était dans une position « logique » de disposer d'un moyen de s'assurer de son consentement pour une affaire donnée.

Lors de la révision du règlement de la CPJI en 1926 un nouvel article 38 a été introduit, il disposait que « lorsque l'instance est introduite par requête, toute exception préliminaire est proposée après la présentation du mémoire de la partie demanderesse et dans le délai fixé pour la présentation du contre-mémoire... ». Nous pourrions déduire de cette disposition que c'est le défendeur qui était visé, étant donné que le soulèvement dépend de la déposition d'un mémoire par le demandeur.

Par ailleurs, il faut souligner le cas du compromis où il n'y a pas, au sens de la procédure, de demandeur ou de défendeur. Dans cette hypothèse, possible devant le CIRDI, il est rare que la contestation de la compétence porte sur l'acte initial du compromis avant qu'un échange entre les parties ait lieu. C'est donc après au moins le premier échange, oral ou écrit, que la contestation pourrait surgir. Ainsi, en présence d'une prétention, d'une part, et d'une contestation, d'autre part, les qualités de demandeur et de défendeur vont respectivement se dégager à l'égard de ce point. La partie arguant, par exemple, d'incompétence sera la défenderesse à l'égard de la partie demandant à la juridiction de trancher la question objet du différend.

Aussi, il se peut que le demandeur soit confronté à une « contre-attaque » du défendeur par le billet d'une demande reconventionnelle. Dans cette hypothèse il deviendra à son tour défendeur et disposera ainsi, comme le demandeur principal, d'un droit de contestation de la compétence de la Cour ou de la recevabilité de la demande reconventionnelle.

Au demeurant, la mise des exceptions préliminaires à la disposition du défendeur puise sa justification dans la nécessité impérieuse de protéger son consentement.

Toutefois, une telle justification paraît difficilement concevable lorsqu'il s'agit du demandeur. Seul, dans cette situation, le souci de garantir une égalité processuelle entre les antagonistes semble l'expliquer.

2.1.2. La protection de l'égalité des parties

L'exception préliminaire se voit remplir une fonction de garant de l'égalité entre les parties lorsqu'elle est consacrée comme un droit au demandeur principal. Toute aussi étrange qu'elle puisse paraître, cette consécration n'est pas l'apanage du CIRDI. Il est fort probable que les rédacteurs de l'article 41(2) de la Convention de Washington s'étaient inspirés des enseignements de l'affaire de l'Or monétaire pris à Rome en 1943 devant la CIJ⁶⁶.

Dans cette affaire s'est posée pour la première fois la question de savoir si le demandeur pouvait lui-même introduire une exception. Etant donné que les termes de l'article 62 du règlement de la CIJ de l'époque ne limitaient pas le droit de soulever des exceptions au seul demandeur, la Cour avait répondu par l'affirmatif tout en qualifiant la démarche d'insolite. De surcroît, elle a tenu à préciser que l'introduction d'une exception préliminaire par le demandeur n'entraîne pas la nullité de la requête et n'implique pas son retrait.

La consécration de cette faculté, insolite et vraisemblablement inconcevable en dehors du droit du procès international, ne trouve aucun fondement, semble-t-il, dans la volonté de protéger un quelconque consensualisme.

En effet, il est difficile de concevoir la raison d'être de l'exception dans la protection d'un consentement expressément confirmé par la saisine de la juridiction et dont la

⁶⁶ *Or monétaire pris à Rome en 1943 (question préliminaire) (Italie c. France, Royaume-Uni et Etats-Unis d'Amérique)*, r. g. n°19, arrêt du 15 juin 1954, *Recueil C. I. J.* 1954, p. 19.

protection, en cas de doute, par un désistement serait beaucoup plus pertinente qu'un soulèvement d'une exception préliminaire. Ce serait ainsi incongru de prétendre que l'exception a été mise à la disposition du « déclencheur » de l'instance afin qu'il puisse protéger son consentement vis-à-vis de ce même « déclenchement ».

Seul, paraît-il, le principe de l'égalité des parties justifie une telle consécration. Il consiste à garantir l'équilibre entre les antagonistes en les dotant des mêmes moyens procéduraux, en priver l'une d'elles reviendrait à rompre cet équilibre.

Tel que le souligne Dominique Hascher, dans un procès CIRDI, où les parties disposent des mêmes privilèges, le principe d'égalité est une assise indispensable :

«L'égalité des parties est en arbitrage international le principe le plus fécond parmi les droits naturels de procédure. Dans un contexte où différentes cultures juridiques sont en présence, l'équilibre de la justice arbitrale, qui est un sentiment particulièrement fort, se traduit sur le plan procédural par le traitement équitable des parties...»⁶⁷

Ainsi, Il en va de la crédibilité de la juridiction de traiter sur un pied d'égalité les prétendants à son prétoire. Devant le CIRDI le principe se traduit par la garantie d'un équilibre effectif entre l'Etat et l'investisseur et une mise à disposition équitable de tous les moyens procéduraux qu'offrent la convention de Washington et le Règlement de procédures. Aucun des deux ne doit se trouver dans une situation inférieure ou désavantageuse vis-à-vis de l'adversaire. Pour cette raison d'ailleurs,

⁶⁷ Dominique HASCHER, « Principes et pratique de procédure dans l'arbitrage commercial international », (1999) 279 *Recl. Cours Collect. Courses Hague Acad. Int. Law* 51-193, 126.

on comprend pourquoi dans les procès internationaux où la saisine correspond à une fonction de recours cette possibilité ne peut être envisagée⁶⁸.

L'exception préliminaire se voit attribuer toute une autre fonction lorsqu'elle est envisagée de l'autre côté du prétoire.

2.2. Protéger la fonction juridictionnelle

Reconnaître aux arbitres du CIRDI la possibilité de mettre en œuvre des exceptions préliminaires, c'est vouloir les doter de moyens leur permettant de s'assurer d'un meilleur accomplissement de leur mission (2.2.1.)⁶⁹. Cette possibilité pourrait, dans certains cas, s'ériger en obligation (2.2.2.).

2.2.1. Une faculté

C'est on se situant de l'autre côté du prétoire que l'on s'aperçoit que l'exception préliminaire recouvre une autre dimension fonctionnelle, celle de protéger l'office de l'arbitre.

En effet, le droit du contentieux international plaide pour une conception dualiste des exceptions préliminaires. Ces dernières ne sont pas l'apanage des parties, la juridiction, elle aussi, dans certaines hypothèses peut se voir reconnaître le droit de les mettre en œuvre de son propre chef. Cette possibilité, étant étroitement liée à la fonction de l'arbitre, peut être mise en œuvre même en présence d'un accord entre les parties, c'est ce que le Tribunal arbitral dans l'affaire *Bernardus Henricus Funnekotter* avait expressément rappelé :

⁶⁸ En effet, devant les juridictions internationales des droits de l'homme il n'est pas possible pour le demandeur de soulever des exceptions préliminaires. Voir à ce propos J. M. PASQUALUCCI, préc., note 2.

⁶⁹ L'article 41 (2) du Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage (règlement d'arbitrage) dispose que : « Le Tribunal peut, de sa propre initiative et à tout moment de l'instance, examiner si le différend ou toute demande accessoire qui lui est soumis ressortit à la compétence du Centre et à sa propre compétence. »

« In light of the importance of jurisdiction as a foundation for arbitral decisions and the special competence granted to arbitral tribunals to determine their jurisdiction, the Tribunal considers it important to address, albeit briefly, the question of jurisdiction despite the current agreement between the parties [...] »⁷⁰

En principe, et tel qu'il ressort de la lecture de l'article 41 (2), le soulèvement *proprio motu* s'agit d'une faculté et non d'une obligation. En d'autres termes, si les parties ne manifestent pas d'objections, le Tribunal pourrait traiter le fond de l'affaire sans prêter attention aux questions de compétence ou de recevabilité.

Ce caractère facultatif du soulèvement trouve son explication dans le principe général de la disponibilité des moyens de compétence et de recevabilité. Traditionnellement, le principe fut affirmé par la CPJI dans l'affaire des *Droits des minorités en Haute-Silésie* où elle a rappelé que les parties disposent des moyens de compétence et de recevabilité à travers la demande et la réplique⁷¹. Les Tribunaux CIRDI ont, à maintes reprises, souligné l'effectivité de ce principe et son application dans le contentieux investisseur-Etat. Ainsi, à titre d'exemple, dans l'affaire *Salini* les arbitres ont clairement soutenu que les moyens de compétence non soulevés ne seront pas traités d'office⁷².

Il résulte de ce caractère facultatif que si les parties s'accordent à élargir le champ de leur engagement juridictionnel, le Tribunal, n'étant pas le « gardien » de la compétence, ne pourra qu'en faire le constat et s'occuper immédiatement des questions de fond.

⁷⁰ *Bernardus Henricus Funnekotter and others c. Republic of Zimbabwe, affaire CIRDI no ARB/05/6, Sentence du 22 avril 2009, para. 94.*

⁷¹ *Droits des minorités en Haute-Silésie* Allemagne c. Pologne, Rec. CPJI Série A, n°15, pp 4-47, spéc. pp. 24-25.

En dépit de l'ancrage du principe de la disponibilité des moyens de compétence et de recevabilité dans le contentieux CIRDI, certaines exceptions à caractère spécial peuvent transformer le « droit » de soulèvement en une « obligation ».

2.2.2. Une obligation

Il ressort de l'analyse du règlement de procédure CIRDI qu'il est un seul cas de figure où la mise en œuvre de l'exception préliminaire, aux fins de la garantie de la fonction juridictionnelle, doit se faire obligatoirement. Il s'agit de l'hypothèse où le défendeur ne se manifeste pas afin de faire valoir ses moyens.

En effet, l'article 42 (4) laisse entendre qu'en cas de défaut le tribunal est tenu d'examiner si le différend porté devant lui relève ou non de sa compétence⁷³.

Il va de soi qu'une telle règle soit imposée au Tribunal, car dans ce cas de figure l'équilibre processuel se trouve complètement rompu, plaçant ainsi l'arbitre dans une situation très peu confortable vis-à-vis de la fonction dont il est appelé à remplir. De la sorte, la partie qui fait défaut n'est pas réputée acquiescer aux allégations de l'autre partie, et par conséquent à la compétence du Tribunal.

Il résulte de ce principe que les arbitres se voient obligés de soulever toutes les exceptions, de compétence ou de recevabilité, que la partie qui fait défaut aurait pu soulever. C'est dans ce sens que les arbitres dans l'affaire *Kaiser Bauxite Co.* ont considéré qu'étant donné que le défendeur a fait défaut, le Tribunal examine d'office la compétence du Centre et du Tribunal⁷⁴.

⁷² *Salini Costruttori SpA & Italstrade SpA c. Maroc*, affaire CIRDI no ARB/00/4, Décision sur la compétence du 23 juillet 2001, para. 67.

⁷³ L'article 42 (4) dispose que « Le Tribunal examine si le différend est ou non de la compétence du Centre et de la sienne propre et, dans l'affirmative, décide si les conclusions sont bien fondées en fait et en droit. A cette fin, il peut, à tout moment de l'instance, inviter la partie qui comparaît à déposer des observations, à produire des preuves ou à donner des explications orales ».

⁷⁴ *Kaiser Bauxite Co. c. Jamaïque*, affaire CIRDI no ARB/74/3, Sentence du 6 juillet 1975. Para. 6 et 10.

Dans le même sillage, le Tribunal CIRDI dans l'affaire *Liberian Eastern Timber Company (Lecto)* avait déclaré que le défendeur qui fait défaut est réputé objecté à la compétence du Tribunal⁷⁵.

Par ailleurs, la doctrine relève qu'il existe un autre cas de figure où la juridiction doit soulever des exceptions préliminaires de son propre chef. Il s'agit de l'hypothèse où la procédure internationale n'est pas utilisée afin de remplir la fonction pour laquelle elle a été initialement mise en place. Il s'agit d'une sorte d'« ordre public » qui s'applique à la compétence de la juridiction internationale⁷⁶. La mise en œuvre de ce concept reviendra à dire que les exceptions de compétence et de recevabilité ne sont disponibles qu'à l'intérieur de la sphère dans laquelle le Centre exerce son pouvoir.

Hors, pour une juridiction comme le CIRDI il est extrêmement difficile d'identifier la sphère de pouvoir à laquelle les parties ne peuvent pas dériver. Cela est d'autant plus vrai que l'ordre public devant une juridiction consensuelle concerne uniquement les intérêts des parties liées par l'engagement conventionnel. Il se trouve, par conséquent, limité au cercle desdites parties et ne concerne nullement la fonction juridictionnelle en soi.

Certes, le règlement CIRDI admet que les exceptions sont disponibles seulement à l'intérieur de la compétence générale du Centre et reconnaît ainsi au Tribunal la possibilité de les soulever d'office⁷⁷. Toutefois, en dehors de cette compétence générale, aux contours incertains, l'absence de contestation de la part des parties débouchera sur l'établissement automatique de la compétence du Centre. En pratique, cela se traduira par l'absence presque absolue de toute sorte d'exception à soulever d'office.

⁷⁵ *Liberian Eastern Timber Company (Lecto) c. Libéria, affaire CIRDI no ARB/83/2, Sentence du 31 mars 1986, para. 324.*

⁷⁶ Voir CARLO SANTULLI, préc., note 4, p. 426.

⁷⁷ Article 41 §2 du Règlement de procédure CIRDI.

C'est ainsi que dans l'affaire *CDC Groupe plc c. République des Seychelles* le Tribunal a admis qu'en l'absence de contestation de la compétence et de l'applicabilité de la Convention de Washington, il les tiendrait pour établies⁷⁸.

Quoi qu'il en soit, la pratique CIRDI révèle que les Tribunaux, même en présence d'une possibilité de soulever des exceptions préliminaires *proprio motu*, ne le font pas. Dans le meilleur des cas, ils se contentent de poser une ou deux questions d'ordre général, faisant semblant, pour ensuite conclure à leur compétence⁷⁹.

Effectivement, on peut regretter que le CIRDI n'exerce pas ce pouvoir *proprio motu* et se livre à une application automatique du principe de la disponibilité des exceptions. Une telle attitude permettrait éventuellement à des prétendant qui n'ont pas en réalité les qualités nécessaires ou, tout simplement, ne remplissent pas les conditions, de profiter indument des prétoires et des services qu'offrent les Tribunaux CIRDI.

En même temps, on se demanderait pourquoi, dans le silence des parties, le Tribunal se livrerait, volontairement, à l'examen d'une question de compétence qui pourrait s'avérer très complexe et déboucherait possiblement sur son incompétence.

En réalité, la réponse à cette question est difficile, elle relève d'un ancien débat théorique relatif au rôle de l'arbitre dans le procès international. Dans ce débat, deux courants de pensée s'affrontent tout en basant, chacun, leurs arguments sur le caractère consensuel de l'arbitrage. L'un qui met l'accent sur le rôle actif de l'arbitre en tant que maître de la procédure et conclut en l'obligation de soulever d'office les exceptions qui relèvent de l'ordre public, afin de s'assurer du respect du consensualisme sur lequel se fonde son pouvoir juridictionnel. L'autre qui croit que le caractère consensuel de l'arbitrage oblige l'arbitre en cas de non-opposition des

⁷⁸ *CDC Groupe plc c. République des Seychelles*, affaire CIRDI no ARB/02/14, Sentence du 17 décembre 2003, para. 6.

⁷⁹ Voir par exemple *Salini Costruttori SpA & Italstrade SpA c. Maroc*, préc. note 72, para. 67. (le tribunal rappelle encore une fois que les moyens non soulevés ne seront pas traités d'office).

parties, quant à la compétence ou à la recevabilité, de se soumettre à leur volonté et s'occuper ainsi uniquement des questions de fond⁸⁰.

En définitive, on constate que la dimension fonctionnelle de l'exception renferme une panoplie de questions, à la fois pratiques et théoriques, en rapport direct avec sa réalité procédurale. Les fonctions que remplit l'exception sont le reflet de la séparabilité entre sa procédure et son fond. Cette séparabilité trouve sa concrétisation dans la mise en place d'une frontière temporelle.

⁸⁰ Pour davantage de développement relativement à ce débat doctrinal voir G. ABI-SAAB, préc., note 1, p. 60.

II. La mise en œuvre de la distinction : La séparabilité temporelle

En principe, la bonne administration de la justice, ainsi que l'objet même de l'exception préliminaire, oblige de lui octroyer un statut préliminaire (1.). Celui-ci pourrait toutefois se transformer en une source d'abus (2.)

1. Le seuil de l'instance : Une limite temporelle

Il est plutôt logique que le soulèvement des exceptions préliminaires soit exigé au seuil de l'instance (1.1.). Toutefois, dans certains cas les contraintes pratiques du contentieux arbitral inversent cette logique de sorte que l'exception se fusionne avec le fond (1.2.).

1.1. La nécessité d'une mise œuvre *in limine litis*

Nous l'avons souligné dans l'introduction, l'un des éléments fondamentaux de la définition de l'exception est son caractère préliminaire. Exiger que l'exception soit soulevée au seuil de l'instance répond à une logique procédurale inéluctable. Le Tribunal ne peut aborder le fond d'une affaire dont il n'a pas le droit d'en connaître. Le principe de la « *préliminarité* », puise sa source dans le fameux principe « compétence de la compétence »⁸¹. Ce dernier conduit à attribuer un statut préliminaire aux exceptions de compétence et de recevabilité.

En ce qui a trait au CIRDI, l'article 41 (1) du Règlement de procédure prévoit certaines règles relatives au moment de la mise en œuvre de l'exception par les parties. Il exige que l'objection soit soulevée le plutôt possible, et au plus tard avant

⁸¹ Voir Francisco González de COSSIO, « The Compétence-Compétence Principle, Revisited », *J. Int. Arbitr.* 2007.231-248, 231-232.

l'expiration du délai fixé pour le dépôt du contre mémoire. Si l'objection se rapporte à une demande accessoire, l'exception ne doit pas dépasser le délai fixé pour le dépôt de la réplique. Exceptionnellement, si les faits sur lesquels le déclinatoire se base sont inconnus au temps indiqué précédemment, la contestation pourrait être soulevée plus tard.

Le paragraphe 2 du même article concerne, quant à lui, le temps du soulèvement par le Tribunal. Il prévoit que ce dernier, et à sa propre initiative, pourrait examiner à n'importe quel moment de la procédure les questions liées à sa compétence. Cette faculté est justifiée par le fait que l'article 52(1) (b) prévoit la possibilité d'annuler une sentence arbitrale pour excès de pouvoir. A ce titre, le Tribunal qui rend une décision sur le fond alors qu'il n'en a pas la compétence, certes excède son pouvoir. On ne peut donc laisser les arbitres dépendre de la seule volonté des parties pour soulever des exceptions d'incompétence en cas de doute.

En réalité, les termes de l'article 41 (1) soulèvent certaines interrogations et posent de sérieux problèmes.

Le fait de demander que la contestation soit soulevée aussitôt que possible n'indique nullement le moment exacte et laisse ainsi la porte des interprétations frivoles largement ouverte. Cela a conduit le CIRDI à en faire une application extrêmement flexible.

En effet, l'examen de la jurisprudence démontre une grande souplesse dans les réponses des Tribunaux quant au non-respect de l'exigence de *préliminarité*. Les positions varient entre simple rappel, réprimande ou, rarement, refus total de traiter l'exception⁸².

Ainsi, à propos du sens de l'article 41(1), dans l'affaire *Bayindir* le Pakistan avait soulevé des exceptions préliminaires avant le dépôt du mémoire sur le fond. Le demandeur réclamait que le défendeur aurait dû attendre avant de les soulever. Le

Tribunal a répondu que l'article 41(1), prévoit que le déclinatoire soit soulevé aussitôt que possible sans précisions supplémentaires, l'objectif étant de régler la question de la compétence avant toute discussion du fond⁸³.

S'agissant du dépôt tardif des exceptions, le tribunal dans l'affaire *Desert Line c. Yemen* s'est montré indulgent vis-à-vis d'un déclinatoire de compétence qui a été déposé le dernier jour du délai fixé pour le dépôt du contre mémoire. Alors qu'il n'a pas manqué de soulever son incompréhension quant à ce retard, il a accepté de traiter les exceptions soulevées⁸⁴.

Encore, davantage de souplesse a été démontrée dans l'affaire *Helnan c. Egypte* où une nouvelle exception à la compétence a été soulevée avec le contre-mémoire sur le fond. Le Tribunal a considéré que même si cette objection aurait pu être soulevée plus tôt, le retard de l'Egypte est justifié par les circonstances de l'espèce. Il a tenu à souligner, tout en acceptant la logique de la *préliminarité*, que les auteurs du règlement n'en font pas une obligation stricte⁸⁵.

La tolérance du Tribunal quant à la non-observation des délais est allée encore plus loin dans l'affaire *Siag* où l'Egypte a déposé une exception préliminaire après que le Tribunal ait rendu sa décision sur la compétence. Ce dernier a considéré qu'étant donné l'exigence de soulèvement « aussitôt que possible » n'a pas été observée, ces exceptions ne peuvent, en principe, être traitées et doivent être assimilées à une renonciation. Néanmoins, il a décidé de procéder à l'examen de ces objections dans « un souci d'exhaustivité »⁸⁶.

Enfin, c'est dans l'affaire *AIG c. Kazakhstan* que l'on constate clairement la flexibilité exagérée dans l'exigence de mise en œuvre *in limine litis*. En effet, le défendeur a

⁸² Christoph H. SCHREUER, « Belated Jurisdictional Objections in ICSID Arbitration », in *David Arias Miguel Ángel Fernández-Ballesteros Eds Liber Amicorum Bernardo Cremades* 2010.Madrid: La Ley.1081-1097.

⁸³ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. Islamic Republic of Pakistan*, affaire CIRDI no ARB/03/29, Décision sur la compétence du 14 novembre 2005, para. 48, 198, 199.

⁸⁴ *Desert Line c. Yemen*, affaire CIRDI no ARB/05/17, Sentence du 6 février 2008, para. 90.

⁸⁵ *Helnan International Hotel A/S c. Egypte*, affaire CIRDI no ARB/05/19, Décision sur la compétence, du 17 octobre 2006, para. 111-113.

⁸⁶ *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi c. Egypte*, affaire CIRDI no ARB/05/15, décision sur la compétence du 11 avril 2007. Voir commentaires en C. H. SCHREUER, préc., note 83.

soulevé des exceptions préliminaires deux mois après le dépôt du contre-mémoire. Devant l'objection du demandeur, le Tribunal a soutenu que l'exigence de l'article 41(1) n'a pas un caractère coercitif et sert simplement à rendre les procédures CIRDI à la fois fluides et rapides⁸⁷.

Toutefois, une fois la décision sur la compétence rendue, les Tribunaux semblent devenir plus exigeants en termes de délais⁸⁸. Ainsi dans l'affaire *Autopista* le Venezuela après que la décision sur la compétence ait été rendue, a soulevé une autre objection à la compétence dans son mémoire de défense sur le fond. La réponse du Tribunal dans sa décision sur le fond était catégorique :

« 90. If and to the extent that this contention must be understood as an objection to the jurisdiction of this Tribunal, it cannot be taken into consideration. Indeed, it is belated, because it was submitted well after the Decision on Jurisdiction. »⁸⁹

Par ailleurs, reste à clarifier la question de la renonciation sur la base de laquelle les défendeurs ont, le plus souvent, fondé leur demande de rejet de l'exception pour dépassement des délais. Il s'agit de savoir dans quelle mesure les termes généraux des articles 26(3) et 27 du Règlement de procédures peuvent être mis en œuvre en la matière. Leur application doit, en principe, conduire à considérer le non-respect des délais comme une renonciation aux exceptions préliminaires, et donc à l'impossibilité de les soulever plus tard.

En effet, l'article 26 (3) prévoit clairement que les actions mises en œuvre après les délais ne doivent pas être prises en considération. L'article 27, quant à lui, va plus loin en assimilant le non-respect à une renonciation.

⁸⁷ *AIG c. La République du Kazakhstan, affaire CIRDI no ARB/01/6, Sentence du 7 octobre 2003, para. 9.1 et 9.2*

⁸⁸ Voir C. H. SCHREUER, préc., note 83, 1087.

⁸⁹ *Autopista Concesionada de Venezuela, CA. C. Venezuela, affaire CIRDI no ARB/00/5, Décision sur la compétence du 27 septembre 2001, para. 76.*

C'est donc sur la base de ses deux dispositions que les demandeurs avaient souvent soutenu que les exceptions préliminaires tardives sont inadmissibles et doivent être rejetées. Les Tribunaux, toutefois, n'y étaient pas du même avis. Ainsi, à titre d'exemple, dans l'affaire *Helan c. Egypte* le demandeur arguait que l'exception non soulevée *in limine litis* équivaudrait à une renonciation implicite selon l'article 27 du règlement. Le Tribunal tout en admettant que l'exception aurait pu être soulevée plus tôt, a confirmé que cela n'équivaudrait pas à une renonciation⁹⁰.

Il ressort de ce qui précède que les arbitres manquent souvent de courage pour rejeter l'exception préliminaire uniquement sur la base de la non-observation de règles procédurales. Les rejets, quoique rare, semblent être toujours accompagnés d'une autre justification⁹¹.

De surcroît, l'exception ne semble être refusée que dans les cas où il y a eu bifurcation de la procédure. En effet, les affaires où des exceptions ont été rejetées pour non observation de l'article 41 (1) étaient des affaires où une phase séparée a été ouverte pour les exceptions préliminaires⁹².

Quoi qu'il en soit, il faut admettre que cette question relève d'une casuistique particulière et le Tribunal optera pour un rejet ou non en fonction des circonstances de l'espèce. La *préliminarité* est plutôt une « logique procédurale » et non une obligation. Les parties ne sont pas *in fine* obligées d'exciper de l'objection de la compétence ou de la recevabilité avant la discussion du fond, mais s'ils font ainsi ce sera à leurs risques et périls.

⁹⁰ *Helan c. Egypte*, préc., note 85, para 111-112.

⁹¹ Il arrive que le Tribunal sanctionne le non-respect des délais, par contre il ne le fait pas uniquement sur cette base. Ainsi, dans l'affaire *Generation Ukraine (ARB/00/9)*, *Sentence du 25 septembre 2003*, para.16.1, le défendeur a soulevé une exception préliminaire au dernier stade de l'audience. Le Tribunal a répondu avec fermeté que la date butoir n'a pas été respectée et par conséquent l'exception doit être rejetée. Néanmoins, le Tribunal a tenu à ajouter qu'outre le non-respect des délais, il aurait de toute façon rejeté l'exception en raison de son caractère très technique et pour être, par ailleurs, infondée. *Ukraine (ARB/00/9)*, *Sentence*, 25 septembre 2003, §16.1.

⁹²C. H. SCHREUER, préc., note 83, 1086.

Enfin, subsiste l'épineuse question de la séparabilité du fond que le caractère préliminaire est sensé induire aux fins du traitement de l'exception.

A ce propos, et comme le souligne Christoph Schreuer, dans la pratique les Tribunaux CIRDI procèdent fréquemment à une suspension du fond afin de répondre aux exceptions préliminaires. Cette suspension, quoi qu'elle puisse prendre la forme d'une phase séparée, se fait généralement d'une manière informelle⁹³.

Toutefois, certains auteurs refusent d'admettre l'existence même d'une quelconque séparabilité en raison de son caractère superficiel. Ainsi Gabriele Salvioli considère que l'examen de la compétence effectué par le tribunal, qu'on appelle à tort procédure de recevabilité, est en réalité un examen au fond. Selon lui, le résultat de l'appréciation de la compétence arbitrale impacte indéniablement la décision sur le fond:

« Pour statuer sur le bien-fondé de l'exception, le Tribunal se trouve dans la nécessité de connaître de la matière même; or si cet examen donne pour résultat que l'exception du défendeur est fondée (c'est-à-dire que la matière n'entre pas dans la compétence du Tribunal), il se trouve que celui-ci a, en réalité connu d'une matière dont il n'aurait pas dû connaître. Cela n'est pas douteux; la logique juridique le confirme.»⁹⁴

A cet égard, il est indispensable de préciser que cette connaissance du fond ne signifie nullement une prononciation sur la substance du différend. L'examen dans cette hypothèse se fait, en principe, sans préjudice au fond.

Les Tribunaux CIRDI procèdent à ce qu'on appelle un examen *prima facie* consistant à estimer, à première vue, que les faits pourraient être constitutifs d'une violation d'une disposition du droit applicable (par exemple un TBI). Cependant, le Tribunal réservera au stade du fond l'examen des droits et obligations des parties afin de voir,

⁹³ C. H. SCHREUER, préc., note 29, p. 541.

plus concrètement, si la partie demanderesse présente des preuves suffisantes de la violation alléguée⁹⁵.

Cette démarche a été adoptée à maintes reprises par de nombreuses formations arbitrales, et selon le cas elles ont ou non conclu à leur compétence. A titre d'exemple, dans l'affaire *Tza Yap Shum c. Pérou* le Tribunal a estimé qu'il peut provisoirement considérer comme étant véritables les faits tels que décrits par la partie demanderesse et évaluer alors la possibilité d'une contravention à l'article 4 du TBI applicable. Par la suite, il a considéré *prima facie* que lesdits faits pourraient être constitutifs d'une violation de cette disposition tout en gardant pour le fond l'examen des droits et obligations⁹⁶.

Enfin, si la *préliminarité* de l'exception est plutôt une caractéristique inhérente, elle n'est pas pour autant nécessaire. Il est des cas où l'analyse des objections à la compétence ou à la recevabilité ne peut se limiter à une légère connaissance du fond ; et l'arbitre se voit obligé de cerner l'ensemble des questions substantielles. Pour ce faire, une technique procédurale particulière a été mise à sa disposition, il s'agit de la jonction au fond.

1.2. L'effacement de la frontière temporelle

L'article 41(2) de la Convention de Washington ainsi que l'article 41(4) deuxième phrase du Règlement d'arbitrage disposent que l'examen de la compétence peut être considéré comme une question jointe à l'examen au fond.

⁹⁴ Gabriele SALVIOLI, « Les rapports entre le jugement sur la compétence et celui sur le fond dans la jurisprudence internationale », (1929) 36 *Rev. Gen. Droit Int. Public* 108-115, 108.

⁹⁵ Audley SHEPPARD, « The Jurisdictional Threshold of a Prima-facie Case », *Oxf. Handb. Int. Invest. Law* 2008.P. 932-961.

⁹⁶ *Tza Yap Shum c. République du Pérou, affaire CIRDI no ARB/07/6, Décision sur la compétence et la recevabilité du 19 juin 2009, para. 122.*

La jonction au fond consiste à « joindre une exception préliminaire au fond pour qu'il y soit statué dans un même arrêt »⁹⁷. Bien qu'il s'agit d'une hypothèse qui se manifeste rarement en pratique, il arrive que la preuve sur la compétence ou la recevabilité soit tellement compliquée à établir, et étroitement liée au fond, que l'arbitre se trouve devant l'obligation de joindre leur examen au fond du litige. Ainsi, cette pratique procédurale a pour objectif principale une bonne administration de la justice⁹⁸.

Néanmoins, et malgré l'objectif que cette technique vise, nombreuses sont les contradictions et les interrogations qu'elle pose.

D'abord, l'on s'interroge sur la contradiction que sa mise en œuvre crée au regard de la logique procédurale des exceptions et le caractère préliminaire qu'il leur est, en principe, inhérent.

Ensuite, des questions se posent quant au droit du défendeur selon lequel le fond d'une affaire ne doit pas être discuté sans que son consentement à la juridiction du Centre ne soit clairement établi. A cet égard, la jonction semble aller à l'encontre du système même des exceptions préliminaires.

Aussi, des interrogations s'imposent à propos des conséquences pratiques de sa mise en œuvre. En effet, si elle a pour objet de garantir une bonne administration de la justice, des dysfonctionnements risquent de se produire dans l'hypothèse d'une mauvaise utilisation. C'est ainsi, à titre d'exemple, que dans l'affaire de la *Barcelona Traction* la CIJ après avoir décidé de la jonction des troisième et quatrième exceptions, elle ne s'est en définitive prononcée que sur la base de l'exception préliminaire relative au droit d'agir, et cela après avoir imposé aux parties de longs

⁹⁷ Moncef KDHIR, *Dictionnaire juridique de la Cour internationale de justice*, 2e éd. rev. et ., Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 208.

⁹⁸ *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels c. Sénégal*, affaire CIRDI no ARB/82/1, Décision sur la compétence du 1er août 1984. Le tribunal n'a pas traité l'objection basée sur l'absence de consentement en tant qu'exception préliminaire dans sa décision sur la compétence du 1er août 1984, mais l'a jointe au fond.

débats exhaustifs sur le fond, ce qui, en réalité, avait prolongé inutilement une procédure déjà longue et coûteuse⁹⁹.

Enfin, l'on se demande si une telle technique n'augmente pas le risque d'un disfonctionnement étant donné le caractère arbitraire de sa mise œuvre. En effet, l'arbitre dispose d'une large marge de manœuvre en la matière et la jonction semble, souvent, relevée de son propre et unique choix. Quoi que certains auteurs, comme l'ancien président de la CIJ Mohamed Bedjaoui, ont tenté de prouver le contraire en faisant la démonstration des étapes logiques que le juge ou l'arbitre suit afin de conclure ou non en la jonction d'une exception¹⁰⁰.

Quoi qu'il en soit, les opinions sur la nécessité de la jonction au fond divergent et les arguments quant à son efficacité se valent.

Pour certains, le respect de la règle du non-préjugé aurait tendance à motiver la jonction devant le risque d'un examen superficiel de l'exception préliminaire, le Centre s'autolimiterait ainsi dans cet examen. Pour d'autres, admettre trop facilement la jonction serait de nature à rompre l'égalité des parties dans la mesure où cette jonction est favorable au demandeur.

En somme, il est parfois possible, voire nécessaire, de lier l'exception préliminaire avec le fond. Il n'en demeure pas moins que la *préliminarité* reste le principe et le chevauchement avec le fond l'exception.

Le principe de *préliminarité* en raison de la séparabilité, formelle ou informelle, qu'il crée vis-à-vis du fond pourrait engendrer certaines formes d'abus.

⁹⁹ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*, exceptions préliminaires, arrêt du 24 juillet 1964, C.I.J. Rec. 1964, p. 46.

¹⁰⁰ Mohammed BEDJAOU, « La jonction d'une exception au fond dans le procès international (nouvel État des lieux) », *El Derecho Int. En Los Albores Siglo XXI Homen. Al Profr. Juan Man. Castro-Rial Canosa* 2002.45-59.

2. La « préliminarité » : source d'abus ?

Le fait que l'exception intervienne temporellement avant toute discussion du fond, doublée éventuellement par une phase séparée, pourrait inciter les États à les soulever uniquement pour tirer profit de cette frontière temporelle et ainsi retarder la discussion du fond de l'affaire.

La *préliminarité* a souvent pour résultat une séparabilité, formelle ou informelle, et un empêchement de traiter le fond. Comme le soulève M. Bedjaoui, l'incidence aboutit à créer « une affaire dans l'affaire » puisqu'elle doit souvent « suivre toutes les étapes écrites et orales, contradictoires ou délibératoires, d'une procédure au fond »¹⁰¹.

A ce titre, il n'est pas exclu que les acteurs du procès arbitral soient tentés par l'effet suspensif que le soulèvement des exceptions préliminaires engendre. Ils peuvent ainsi se voir déposer des objections pour des finalités autres que la contestation réelle de la compétence de la juridiction ou de la recevabilité de la requête. Dans cette hypothèse, les exceptions préliminaires se transforment en une arme très puissante entre les mains des États.

En réalité, ce phénomène n'est pas étrange au contentieux international, l'exemple le plus connu est l'affaire de la *frontière terrestre et maritime* ayant opposé le Cameroun au Nigeria devant la CIJ¹⁰². Le Nigeria a soulevé huit exceptions à la compétence de la Cour et à la recevabilité de la requête. Ainsi, tous les moyens disponibles ont été mis en œuvre pour que l'affaire ne soit pas discutée au fond. Cette stratégie s'est soldée par un succès remarquable, puisque c'est seulement huit

¹⁰¹ M. BEDJAOUÏ, « La "fabrication" des décisions de la C.I.J. », préc., note 7, p. 89.

¹⁰² *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p.275.

ans après le dépôt des requêtes du Cameroun que la CIJ a pu finalement rendre une décision sur cette affaire¹⁰³.

Dans ce sens, il n'est pas exclu de voir certains Etats, devant le CIRDI, se comporter de la même façon lorsqu'ils sont incertains du sort final de l'affaire. Si le résultat leur est manifestement désavantageux, ils pourraient utiliser toute exception préliminaire disponible afin de repousser le plus possible l'échéance de la décision au fond. Ceci est d'autant plus vrai lorsque le différend est imbibé de tensions politiques.

Dans ce cas, on peut affirmer sans hésitation que les parties utilisent les exceptions préliminaires de manière contraire aux buts pour lesquels elles ont été créées. En invoquant plusieurs exceptions, elles veulent parfois délibérément allonger les délais de la procédure. Cela leur permettrait de disposer davantage de temps pour trouver une solution politique à travers les négociations et éviter ainsi une solution juridique contraignante. Le juge Bedjaoui affirme clairement ce constat : « l'un des principaux attraits du règlement judiciaire international est sa lenteur et la possibilité qu'il offre de pouvoir différer autant que possible la solution d'un problème épineux. »¹⁰⁴

Pour ce qui est du CIRDI, l'interrogation s'impose quant au genre de réaction que les Tribunaux peuvent avoir face à une éventuelle utilisation des exceptions à des fins purement dilatoires. Comment doivent-ils, et surtout comment peuvent-ils, réagir ?

En réalité, la réponse à ces questions dépend de celle relative à la reconnaissance du concept d'abus de droit par le droit du procès international et particulièrement le procès arbitral.

À cet égard, l'abus de droit consiste en une faute dans l'exercice de son droit sans intérêt pour soi-même et dans le seul dessein de nuire à autrui. Et si l'abus de droit

¹⁰³ *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria*, (Cameroun c. Nigeria ; Guinée Equatoriale (intervenant)), arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p.303.

¹⁰⁴ M. BEDJAOUI, « La "fabrication" des décisions de la C.I.J. », préc., note 7, p.91.

correspond à mettre en œuvre un droit en dehors de sa finalité, on peut, en principe, y assimiler tout abus de procédure¹⁰⁵.

En fait, les principes généraux du droit international reconnaissent l'abus de procédure, toutefois la jurisprudence ne semble pas, à de rares exceptions près, être favorable à sa mise en œuvre.

C'est ainsi que la CIJ, dans *l'affaire de l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, a écarté la demande de la Bosnie tendant à déclarer comme abusive les nombreuses exceptions préliminaires soulevées par la Yougoslavie :

« Au terme du présent arrêt, elle (la Cour) a précisé qu'elle n'en considère pas pour autant que la Yougoslavie aurait, en présentant ces exceptions, abusé des droits qu'elle tire en la matière du paragraphe 6 de l'article 36 du Statut et de l'article 79 de son Règlement [...]. Les exceptions éventuellement soulevées par la partie défenderesse peuvent être utiles pour clarifier la situation juridique. En l'occurrence, les exceptions préliminaires présentées par la Yougoslavie ont eu cette fonction. »¹⁰⁶

Force est de constater, à cet égard, que le CIRDI, tout comme la CIJ, est malheureusement assez largement dépourvu de moyens pour empêcher une partie d'utiliser toutes les ressources que lui offre son Règlement pour freiner la procédure. Il faut admettre, que la théorie de l'abus de droit ne peut être envisagée comme une solution pratique contre le « détournement » des exceptions préliminaires. Ces dernières sont expressément mises à la disposition des parties par le Règlement du Centre.

¹⁰⁵ Voir Arrigo CAVAGLIERI, « Règles générales du droit de la paix », (1929) 26 *Recl. Cours Collect. Courses Hague Acad. Int. Law* 311-585, 544.

¹⁰⁶ *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, r. g. n°91, Exceptions préliminaires, arrêt du 11 juillet 1996, *Recueil C. I. J.* 1996, para. 46

Du moment où il n'existe pas de critères objectifs qui permettent de dire quand une exception à un caractère abusif, il n'est simplement pas possible d'adopter cette solution. Donc, la seule alternative qui subsiste serait une casuistique ambiguë qui va inciter les parties à invoquer automatiquement, par simple précaution, l'abus de procédure contre toute exception soulevée.

Toutefois, il semble qu'une solution pourrait exister en contentieux international. Il s'agit de l'hypothèse où l'abus de procédure est reconnu par voie conventionnelle. C'est le cas par exemple de l'article 294§1 de la Convention de Montego Bay de 1982 qui prévoit que le tribunal ou la Cour peut décider, à propos des exceptions préliminaires, si une demande est un abus de droit. Si la réponse est positive, il cesse d'examiner la requête¹⁰⁷.

La CIJ, à défaut de pouvoir trouver des solutions pour contrecarrer cet éventuel abus, s'est tournée vers d'autres méthodes telles que la réduction de la durée des procédures, la révision des méthodes de travail des juges ou encore faire supporter les charges de la procédure par la partie ayant abusé des exceptions.

Cette dernière solution est particulièrement applicable devant le CIRDI, les arbitres peuvent suivre l'exemple des juges de la Cour de La Haye¹⁰⁸. Ils se doivent de prendre leurs responsabilités afin d'éviter tout détournement de la procédure des exceptions préliminaires orchestrées par les parties.

¹⁰⁷ Convention des Nations Unies sur le Droit de la Mer adoptée le 10 décembre 1982, entrée en vigueur le 16 novembre 1994. L'article 294 (1) dispose : « La Cour ou le tribunal prévu à l'article 287 saisi d'une demande au sujet d'un différend visé à l'article 297 décide, à la requête d'une partie, on peut décider d'office, si cette demande constitue un abus des voies de droit ou s'il est établi *prima facie* qu'elle est fondée. Si la cour ou le tribunal décide que la demande constitue un abus des voies de droit ou qu'elle est *prima facie* dénuée de fondement, il cesse d'examiner la demande. »

¹⁰⁸ Les juges, dans l'arrêt relatif aux exceptions préliminaires de la Yougoslavie dans *l'Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide en 1996*, ont eu recours aux articles 64 de son Statut et 97 de son Règlement, afin de mettre entièrement à la charge d'une des parties les frais de procédure exposés par l'autre, sanctionnant ainsi l'abus de procédure.

En effet, les parties doivent rémunérer leurs conseils, leurs agents, experts, témoins, et supporter les coûts liés à la rédaction des mémoires et contre-mémoires. L'article 28 du Règlement d'arbitrage prévoit expressément que :

« Sous réserve de la décision finale au sujet du paiement des frais de procédure et à moins que les parties n'en conviennent autrement, le Tribunal peut décider :

(a) à n'importe quel stade de la procédure, la portion des honoraires et dépenses du Tribunal ainsi que des redevances dues pour l'utilisation des services du Centre que chaque partie doit payer en vertu de l'article 14 du Règlement administratif et financier ;

(b) relativement à toute partie de la procédure, que les frais y afférents (tels qu'ils sont déterminés par le Secrétaire général) sont supportés soit entièrement soit dans une certaine proportion par l'une des parties. »

Ainsi, les arbitres du CIRDI pourraient voir en cet article un moyen de faire renoncer les parties à abuser des procédures incidentes et plus précisément des exceptions préliminaires.

Enfin, il est évident que la question est beaucoup plus complexe qu'elle en l'air, car les arbitres se trouvent souvent entre deux feux, les sollicitations « incidentes » à caractère dilatoires des parties, d'une part, et la crainte que l'apparition de multiples moyens de règlement des différends ne détourne les Etats de leurs prétoires, d'autre part. Trouver une voie clairement intermédiaire n'est guère une tâche aisée dans ces cas de figure.

Tout comme le traitement procédural, le traitement substantiel soulève un certain nombre de questions épineuses qu'il convient de mettre en exergue.

DEUXIÈME CHAPITRE - UN TRAITEMENT SUBSTANTIEL CLAIR-OBSCUR

L'objet de l'exception, tel que défini dans la première partie, ne semble pas subir, tout le temps, un traitement clair et figé. D'un côté, parfois, tant les parties que les arbitres, semblent jouer sur la qualification de l'objet de l'exception, intentionnellement ou non (1). De l'autre côté, ce même objet se trouve, fréquemment, pousser au-delà de ses frontières initiales pour subir une extension presque abusive (2).

I. Un maniement ambigu de l'objet

La distinction entre compétence et recevabilité¹⁰⁹, en tant qu'objet des exceptions préliminaires, semble aujourd'hui être largement admise, tant dans le procès CIRDI que dans les autres procès internationaux (1.). Toutefois, et bien que sa réfutation parait difficilement justifiable, certains nient l'existence de toute différence entre les deux concepts (2.).

1. L'existence irréfutable de la dichotomie

La dichotomie est visiblement très soutenable sur le plan théorique (1.1.). Elle se confirme davantage par les enjeux pratiques qu'engendre son caractère instable (1.2.).

¹⁰⁹ On l'a démontré dans la première partie, certains auteurs, principalement des anglophones, font la distinction entre compétence et juridiction. Voir à ce propos Veijo HEISKANEN, « Jurisdiction v. competence: revisiting a frequently neglected distinction », *Finn. Yearb. Int. Law* 1994.1-33.

1.1. Compétence et recevabilité : deux concepts théoriquement distincts

Il ne s'agit pas ici de revenir sur ce qui a été développé précédemment dans la première partie, et encore moins d'essayer d'établir une théorie de la compétence du juge ou de la recevabilité de la requête. Il s'agit plutôt de mettre en évidence la position doctrinale dominante qui reconnaît l'existence séparée de chacun des deux concepts.

En effet, il existe une réelle différence entre ces deux concepts qui contribuent chacun à sa façon à l'exercice du pouvoir juridictionnel par le juge ou l'arbitre international¹¹⁰.

Il est important de rappeler à cet égard que l'instrument de base n'est pas le même selon qu'il s'agit de la recevabilité ou de la compétence. Celle-ci s'identifie seulement par rapport à l'acte qui la reconnaît, tandis que celle-là ne peut être vérifiée que dans les règles statutaires.

Evidemment, il arrive que certains moyens habituellement relevant du statut d'une juridiction apparaissent également dans les instruments de consentements des parties à la compétence de l'arbitre. Toutefois, cela n'éradique pas pour autant la dichotomie réelle qui existe entre elles. L'examen porte sur des questions différentes selon qu'il s'agit d'examiner la compétence d'un arbitre ou la recevabilité d'une requête qui lui est soumise. L'absence d'indexation possible des moyens entre ces deux concepts, en fonction de leur nature, n'annule pas cette différence remarquable¹¹¹.

En effet, il ressort de l'analyse du contentieux CIRDI que la question de la compétence du Tribunal doit être séparée de celle de la recevabilité de la requête.

¹¹⁰ Voir note 35.

¹¹¹ *Id.*

Dans le passé, la recevabilité a été appréhendée d'une façon très extensive par les tribunaux internationaux, ce qui a conduit à sa confusion totale avec la compétence. On l'avait envisagée comme étant « l'ensemble des moyens par lesquels le défendeur dénie au demandeur le droit d'agir ou se prévaut de l'inobservation des règles de forme ou délais qui pouvaient s'opposer à cette action »¹¹². Evidemment, une définition aussi large absorberait complètement le concept de compétence et le réduirait à un simple synonyme de la recevabilité.

En réalité, une telle définition ne trouve pas à s'appliquer dans le contentieux international relatif aux investissements. La compétence et la recevabilité sont deux concepts distincts, la première, concerne la catégorie des différends dont le tribunal arbitral pourrait en connaître, tant dis que la deuxième détermine la possibilité du Tribunal d'exercer son pouvoir juridictionnel sur le différend qui lui est soumis¹¹³.

Ainsi, la compétence serait la sphère dans laquelle le tribunal exerce son pouvoir et qui délimite, par la même, ce pouvoir. Traditionnellement, la doctrine, afin de faciliter son identification, la divise en quatre dimensions : temporelle (*ratione temporis*), spatiale (*ratione loci*), matérielle (*ratione materiae*) et personnelle (*ratione personae*). Dans le cadre de ces quatre dimensions, la compétence du CIRDI doit être appréciée à deux niveaux. D'une part, au niveau de la convention de Washington de 1965, qu'en pourrait qualifier de compétence générale du Centre. D'autre part, au niveau de l'instrument consensuel, sur la base duquel l'affaire est portée devant le Centre, qui lie les parties et donc délimite la sphère de la compétence générale pour le cas d'espèce. Cela reviendrait à dire que les parties ne peuvent aller au-delà de la compétence générale du CIRDI, autrement elles peuvent la restreindre au gré de leurs intérêts.

¹¹² J. C. WITENBERG, préc., note 46.

¹¹³ C. Santulli, préc., note 2, p. 145.

La recevabilité, quant à elle, renferme l'ensemble des éléments auxquels est subordonnée la décision sur le fond¹¹⁴. Au regard de la théorie générale du procès international, elle concerne les conditions de l'exercice de l'action. George Abi-Saab l'a fait remarquer dans son opinion dissidente dans l'affaire *Abaclat* :

« 17 - viii) Generically, the admissibility conditions relate to the claim, and whether it is ripe and capable of being examined judicially, as well as to the claimant, and whether he or she is legally empowered to bring the claim to court.»¹¹⁵

Il a continué en suite en mettant en exergue l'indéniable distinction entre les deux concepts :

« 19 - It is true that these conditions were adjusted to the specificities of international law, and some additional ones were developed, by way of custom. But none of these conditions has anything to do with the determination of the scope of consent whether to the general or the special jurisdiction of tribunals...»¹¹⁶

Il ressort de cette distinction qu'une fois le tribunal se déclare incompétent la discussion sur la recevabilité de la requête perd son intérêt sur le plan procédural. En d'autres termes, si la compétence du tribunal est rejetée la requête est nécessairement irrecevable. Le tribunal ne peut opérer qu'à l'intérieur des limites de la sphère qui lui a été attribuée et les conditions de recevabilité existent pour faire jouer celle-ci. Ainsi on peut conclure que, sur le plan théorique, l'existence de la recevabilité est fonction de la compétence qui elle est, en principe, antérieure.

¹¹⁴ C. SANTULLI, *préc.*, note 2, p. 187.

¹¹⁵ Opinion dissidente de George Abi-Saab dans l'affaire *Abaclat et al. (anciennement Giovanna a Beccara et al.) c. Argentine, affaire CIRDI no ArB/07/5*, décision sur la compétence et la recevabilité du 4 août 2011. Para.17.

Dans ce sens, et toujours sur le plan théorique, l'inverse n'est pas possible, le Tribunal pourrait être compétent pour une affaire donnée tandis que la requête, à titre d'exemple, est irrecevable pour non-respect de certaines conditions de forme.

Dans la pratique, toutefois, il se peut que le recours soit recevable car l'investisseur a satisfait à toutes les conditions procédurales relatives à l'exercice de l'action, tandis que le Tribunal est incompétent car l'opération économique, par exemple, ne peut être assimilée à un investissement au sens de l'article 25 de la convention de Washington. Cette possibilité s'explique par le simple fait que la compétence s'apprécie d'une manière autonome vis-à-vis des parties et de la matière contentieuse. Quoi qu'il en soit, le résultat final sera le même, le refus de traiter la demande.

Enfin, subsiste la question de l'ordre chronologique entre compétence et recevabilité. L'antériorité de la compétence n'est en réalité que théorique et la situation inverse est tout à fait envisageable en pratique. Il se peut dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, ou pour l'économie du procès, que le Tribunal déclare une requête irrecevable sans apprécier préalablement sa compétence. Cela se fait notamment dans l'hypothèse où la requête est « manifestement » irrecevable, tandis qu'elle relève des questions épineuses sur le plan de compétence¹¹⁷. Toutefois, les arbitres doivent être très vigilants dans l'utilisation d'une telle faculté, car elle ne se justifie que si la « totalité » des conclusions est effectivement irrecevable.

Si la dichotomie est visible dans la pratique arbitrale des tribunaux CIRDI, il faut admettre que contrairement aux apparences, elle n'est guère facile à établir.

¹¹⁶ *Id.*, para.19.

¹¹⁷ C'est de cette façon que les juges ont procédé dans l'affaire *Interhandel (Suisse c. Etats-Unis d'Amérique)*, r. g. n°34, *Exceptions préliminaires, Arrêt du 21 mars 1959, Recueil C. I. J. 1959* (exception préliminaires).

1.2. L'instabilité de la distinction : une source d'enjeux

Dans le procès international en général, et celui du CIRDI en particulier, la dissociation *matérielle* entre compétence et recevabilité souffre d'un manque de stabilité¹¹⁸. En effet, dès qu'une condition de recevabilité glisse dans l'instrument de l'engagement juridictionnel, un TBI par exemple, sur la base duquel est appréciée l'étendue de l'attribution de la juridiction, elle devient une condition de compétence. De la sorte, la même exigence revêtira une double qualification, d'une part, comme une condition de compétence et, d'autre part, comme une condition de recevabilité.

Cela aura pour résultat que la détermination de la recevabilité passe nécessairement par la détermination de la compétence, étant donné qu'elle a été absorbée dans sa sphère. C'est ainsi, à titre d'exemple, que dans l'affaire *LESI-DIPENTA* la qualité d'agir, condition de recevabilité par « nature juridique », a été envisagée comme une condition de compétence, étant donné que l'exigence de la qualité d'investisseur était inscrite dans l'instrument de l'engagement juridictionnel (le TBI en l'occurrence)¹¹⁹.

Le caractère interchangeable de ces deux concepts constitue l'un des problèmes les plus épineux auxquels l'arbitre CIRDI est confronté lorsqu'il est amené à se prononcer sur les exceptions préliminaires. En effet, l'enjeu derrière la distinction pourrait s'avérer extrêmement décisif pour le résultat final de la sentence.

Le cas récent de l'affaire *Abaclat* illustre parfaitement l'intérêt particulier de la dichotomie. Les développements, exceptionnellement longs, qui ont été consacrés à la question de la distinction entre compétence et recevabilité démontrent les enjeux

¹¹⁸ C. Santulli, *préc.*, note 2, p. 145.

¹¹⁹ *Consorzio L.E.S.I.-DIPENTA c. Algérie, affaire CIRDI no ARB/03/8, Sentence d'incompétence du 10 janvier 2005, para. 40.*

éminents qui les entourent¹²⁰. A cet égard, il serait expédient de s'attarder un peu sur cette sentence pour mieux appréhender l'ensemble de ces enjeux.

Dans cette affaire, TFA (Task Force Argentina), une association créée par huit grandes banques italiennes, représentant à peu près 60000 « petits porteurs » italiens d'obligations souveraines émises par l'Argentine, a saisi le CIRDI contre l'Argentine relativement à ces obligations. Dans le silence du traité bilatéral argentino-italien et de la convention de Washington, se posait le problème de savoir si la question du recours collectif devait être abordée sous l'angle de la compétence ou de la recevabilité.

Du point de vue de la compétence, l'admission des recours collectifs exigerait l'existence, explicite ou implicite, d'un consentement de la part de l'Argentine quant à ce genre d'action, faute de quoi la procédure est définitivement clôturée.

Du point de vue de la recevabilité, et selon l'opinion des arbitres majoritaire (Tercier et Van den Berg), il n'était pas nécessaire d'établir un consentement spécifique de l'Etat argentin relativement à « l'arbitrage de masse », il suffit de se focaliser sur les règles procédurales d'admission de la requête. Partant, le consentement de l'Argentine sera interprété comme renfermant les recours collectifs, étant donné l'absence d'incompatibilité visible de ces derniers avec le système CIRDI.

Les arbitres majoritaires afin de répartir les questions de compétence et de recevabilité avaient opté pour une démarche à la fois ambiguë et confuse. Ils avaient traité de la question de l'impact de l'unité ou de la pluralité des requérants sur la stabilité des exigences préliminaires. Ce faisant, ils ont conclu que la compétence renfermerait les questions préliminaires qui n'exigent pas un examen individualisé des requêtes du moment qu'elles sont assujetties à des conditions similaires, sans égard au nombre de requérants. Toutefois, la recevabilité renfermerait les exigences procédurales qui ne se poseraient pas en présence d'un seul demandeur. Sans vérifier leur satisfaction effective, le tribunal s'est contenté de faire un constat des

¹²⁰ *Abaclat et al. Helan c. Argentine, préc., note 115, para 315.*

exigences générales relatives à la nationalité et à la capacité des personnes physiques et morales demanderesse. Il a présumé la similarité globale de l'ensemble des requêtes, sans pour autant procéder à un quelconque examen individualisé, ce qui lui a permis lors du traitement de la recevabilité de procéder à une simplification des méthodes d'examen et de procédure¹²¹.

En d'autres termes, et plus simplement, les arbitres majoritaires ont procédé à une extraction de l'exigence du consentement pour les recours collectifs du champ de la compétence, dont elle fait partie en principe, pour la glisser dans celui de la recevabilité.

Cette démarche, visiblement très tordue, ne peut être expliquée qu'à la lumière du postulat initial sur lequel reposaient l'enjeu et l'intérêt de la distinction entre la compétence et la recevabilité.

Les arbitres majoritaires, semble-t-il, partaient de l'idée que les questions de recevabilité sont moins sensibles que celles de la compétence et autorisent ainsi davantage de flexibilité dans leur traitement. A cet égard, étant donné l'absence de toute sorte de consentement de la part de l'argentine quant à la possibilité de recours collectifs, d'une part, et la conviction patente des deux arbitres de l'obligation du tribunal de se prononcer sur ces recours, d'autre part ; il aurait fallu, aux fins de l'établissement final de la compétence, l'extirper de la sphère de celle-ci pour la traiter comme une question de recevabilité. C'est ainsi que la majorité du tribunal a considéré que :« the 'mass' aspect of the present proceedings relates to the modalities and implementation of the ICSID proceedings and not to the question whether Respondent consented to ICSID arbitration »¹²².

Dans la même veine, l'exigence de consultation et d'écoulement d'un délai de dix-huit mois après l'introduction d'une requête devant les juridictions nationales, que le

¹²¹ *Abaclat c. Argentine*, préc., note 115, para. 490-491

TBI argentino-italien imposait, et qui constitue donc une condition de compétence, n'a pas été considérée comme telle, mais plutôt comme une question de recevabilité. Ce faisant, l'enjeu paraît beaucoup moins important que s'il a été envisagé sous l'angle de la compétence. Ce qui se trouve en question, au niveau de la recevabilité, n'est pas l'établissement du consentement mais plutôt sa mise en œuvre. Dans ce sens, l'absence de saisine des juridictions internes ne revêt pas un caractère contraignant dans la mesure où le différend n'aurait pu, de toute façon, être résolu en dix-huit mois, alors que refuser l'accès au CIRDI à l'ensemble des demandeurs aurait débouché sur une privation définitive d'un avantageux moyen de recours.

Donc, considérer ces questions de compétence comme étant des questions de recevabilité facilitait considérablement la démarche des arbitres dans l'établissement de la compétence du Tribunal. Patrick Jacob et Franck Latty le font clairement remarquer :

« Une telle mise en balance des intérêts au-delà de la lettre du traité, déjà très discutable au regard de la recevabilité, serait d'autant plus difficile à justifier si elle intervenait dans le champ de la compétence, qui repose sur l'exigence fondamentale du consentement »¹²³.

Par ailleurs, une telle démarche n'est pas très surprenante pour ceux qui connaissent la politique, souvent extensive, des tribunaux CIRDI quand il s'agit d'établir leur compétence¹²⁴.

C'est ainsi que dans l'affaire *Hochtief* le tribunal a qualifié de recevabilité l'exigence de délai de dix-huit mois devant les juridictions nationales, en dépit du fait qu'elle soit clairement inscrite dans le TBI Allemagne-Argentine sur la base duquel le tribunal a

¹²² *Id.*, para. 492 Voir dans ce sens les commentaires de Patrick JACOB et Franck LATTY, « Arbitrage transnational et droit international général (2011) », *Annu. Fr. Droit Int.* 2011.533-595.

¹²³ *Id.*, 533-595, 571.

été saisi. Il a considéré que cette exigence ne concerne pas la compétence en soit mais seulement la manière selon laquelle le recours doit être mis en œuvre devant le tribunal¹²⁵.

En réalité, ces solutions sont facilement discutables est largement critiquables, tant sur le plan de la méthodologie que sur le plan de la qualification¹²⁶.

Cependant, cela n'est pas notre propos, ce qui nous intéresse c'est l'enjeu et l'intérêt dont la question de la distinction pourrait faire l'objet. Elle est loin d'être banale et pourrait s'avérer, parfois, source de grandes controverses. D'ailleurs, l'opinion dissidente émise par George Abi-Saab dans l'affaire *Abaclat*, suivie de sa démission, d'une part, et les longs développements consacrés à la distinction par les arbitres, d'autre part, en sont les preuves irréfutables des enjeux et intérêts indéniables de la dichotomie.

Somme toute, l'on constate, tant sur le plan théorique que pratique, qu'il existe bien une différence entre les deux concepts et leur distinction pourrait être la source d'enjeux majeurs. En dépit de ce constat, certains, pour maintes raisons, la réfutent ouvertement.

¹²⁴ Voir à ce propos Claire Crépet DAIGREMONT, « L'extension jurisprudentielle de la compétence des tribunaux arbitraux du CIRDI », *Asp. Nouv. Droit Invest. Int. KAHN Philippe WÄLDE Thomas W Dir* 2007.1036.

¹²⁵ *Hochtief AG c. Argentine, affaire CIRDI no ArB/07/31, Décision sur la compétence et la recevabilité du 24 octobre 2011, para. 96.*

¹²⁶ Voir l'opinion dissidente de George Abi Saab dans l'affaire *Abaclat c. Argentine*, préc., note 115.

2. Le rejet injustifiable de la dichotomie

Selon certains auteurs, et certains acteurs contentieux, la dissociation entre compétence et recevabilité ne se justifie ni sur le plan théorique ni sur le plan pratique (2.1.). Pour encore mieux comprendre cette position, difficilement justifiable, il faudra peut-être aller au-delà de l'ambiguïté que l'enchevêtrement des deux concepts engendre (2.2.).

2.1. L'absence d'intérêt dans la distinction !

Le caractère instable de la distinction a, vraisemblablement, conduit une partie de la doctrine à refuser la dissociation des deux concepts.

En effet, certains auteurs rejettent la dichotomie en alléguant l'absence de classification claire des différents moyens participant de l'une ou l'autre de ces exceptions de procédure ; et en considérant que la compétence est entièrement incluse dans la recevabilité. Ainsi, à titre d'exemple, Maarten BOS estime qu'il est :

« possible que l'incompétence ne soit qu'une « sorte », une « variété », d'irrecevabilité. [...] Aussi croyons-nous que pour le procès international la compétence du juge est également à considérer comme l'un des aspects de la recevabilité de la demande. »¹²⁷

Les partisans de ce courant prétendent, entre autres, que chercher dans l'ordre international la réalité que recouvre l'objet de l'exception préliminaire suppose qu'on dispose d'un outil conceptuel permettant de dire ce qu'est la compétence et la recevabilité et quelles sont leurs composantes. Faute de ces instruments, il n'est

¹²⁷ M. BOS, préc., note 24, p. 256.

point possible de les reconnaître dans la pratique et les deux concepts, par conséquent, se fusionnent¹²⁸.

D'autres, à l'instar de Shabtai Rosenne, rejettent la distinction en mettant l'accent sur le simple manque d'intérêt pratique : « there was a strong undercurrent of feeling [at the ICI] that there was little practical value in the distinction between jurisdiction and objections to admissibility.»¹²⁹

Tout comme ces auteurs, certains acteurs contentieux du procès CIRDI semblent être inconscients, ou pas du tout convaincus, de cette dichotomie. A leurs yeux, outre le manque d'intérêt pratique d'une telle distinction, compétence et recevabilité apparaissent comme à peu près interchangeable. Ce refus de dissocier les deux concepts, se manifeste tant au niveau des déclinatoires de compétence, qu'au niveau de certaines sentences arbitrales.

C'est ainsi, à titre d'exemple, que dans l'affaire ayant opposé *Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company* à la *République d'Argentine*, le Tribunal arbitral a estimé que la distinction entre compétence et recevabilité n'est d'aucune pertinence :

«... [T]here is no need to go into the possible—and somewhat controversial—distinction between jurisdiction and admissibility.

¹²⁸ Witenberg, par exemple, considère que les « règles de compétence, de forme et de délais, pièces essentielles du mécanisme juridictionnel interne, sont sanctionnées par des irrecevabilités faisant écarter soit l'instance, soit la pièce de procédure irrégulièrement produite. [...] Cette exception tient non plus au droit d'action proprement dit, mais à celui d'instance, à la procédure. [Ces questions] – questions de compétence, de formes et de délais, – sont à considérer ici non directement, mais eu égard à l'irrecevabilité pouvant résulter de l'inobservation des principes qui les régissent », J. C. WITENBERG, préc., note 46, 85.

¹²⁹ SHABTAI ROSENNE, *The law and practice of the International Court, 1920-2005*, 4th ed. ., Leiden ; Boston, MNijhoff Publishers, 2006, p. 85.

Whatever the labeling, the parties have presented their case on the basis of the six objections raised by the Respondent. »¹³⁰

De même, dans l'affaire *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi AS c. La République Islamique du Pakistan* plusieurs exceptions à la recevabilité ont été soulevées, le Tribunal déclara ouvertement qu'il traitera l'ensemble de ces exceptions « without distinguishing between objections to the jurisdiction of the Tribunal and objections to the admissibility of the claims.»¹³¹

Ainsi, l'on constate que l'argument prédominant est toujours celui du résultat final. Du moment que ce dernier est le même, il n'y aucune raison de s'attarder sur une distinction dont la technicité pourrait s'avérer très complexe. Ian Laird le rappelle à propos de l'approche des arbitres dans l'affaire *Salini* :

«...Because the ultimate aim with respect to questions of jurisdiction and admissibility is essentially the same, to avoid a merits phase if there is a preliminary issue which would make it unnecessary, then perhaps the distinction is one without a difference.»¹³²

Toutefois, on ne peut adhérer avec forte conviction à ces positions. Tel que mentionné plus haut, l'absence d'une classification préétablie qui répartisse les moyens entre les deux concepts, ne peut être acceptée comme justification

¹³⁰ *Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company c. République d'Argentine* (ARB/03/ 13), Décision sur les exceptions préliminaires, 27 juillet 2006, § 54.

¹³¹ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS c. Republic Islamique du Pakistan, affaire CIRDI no ARB/03/29, Décision sur la compétence du 14 novembre 2005, § 87. Voir également SA c. République d'Argentine, affaire CIRDI no ARB/04/1, Décision sur la compétence du 25 août 2006* (l'Argentine a soulevé six exceptions préliminaires, dont deux étaient des exceptions de recevabilité ; le tribunal les a traitées en tant qu'exceptions préliminaires sans la moindre qualification).

¹³² Ian A. LAIRD, « A Distinction without a Difference?: an Examination of the Concepts of Admissibility and Jurisdiction in *Salini v. Jordan* and *Methanex v. USA* », *Int. Invest. Law Arbitr. Lead. Cases ICSID NAFTA Bilateral Treaties Cust. Int. Law* 2005.201. p 222.

suffisante pour rejeter la distinction. Les deux concepts sont théoriquement distincts et seul, selon Jan Paulsson, un « simple d'esprit » pourrait nier une telle évidence :

« it is vital to understand the fundamental distinction between the two concepts. They are indeed as different as night and day. It may be difficult to distinguish the dividing line between the two. There is a twilight zone. But only a fool would argue that the existence of a twilight zone is proof that day and night do not exist. »¹³³

De même, l'argument de l'absence d'intérêt pratique relativement aux résultats escomptés ne tient pas la route. Certes, l'admission d'une exception, qu'elle soit de compétence ou de recevabilité, par l'arbitre empêchera toute discussion sur le fond. Cependant, techniquement les effets ne sont pas les mêmes selon que l'on opte pour l'une ou l'autre. L'incompétence conduit souvent à priver définitivement l'investisseur des prétoires CIRDI, tandis que l'irrecevabilité de la requête pourrait, dans de nombreux cas, être rattrapée. De surcroît, nous avons bien vu avec l'affaire *Abaclat* les enjeux majeurs dont cette distinction pourrait en être la source.

En définitive, il n'est plus possible dans le contexte actuel du contentieux international, et notamment celui des investissements, de nier la dichotomie. Pratiquement, l'ensemble des juridictions internationales font la différence entre compétence et recevabilité, même lorsque l'instrument juridictionnel qui fonde leur compétence ou le règlement de procédure ne la prévoient pas¹³⁴. De leur côté, les BIT en grande partie s'efforcent aujourd'hui de faire mention des deux concepts séparément. Rien que l'existence des deux termes, tant dans les BIT que dans la jurisprudence, en est la preuve de cette différence.

¹³³ Jan PAULSSON, « Jurisdiction and Admissibility », *Glob. Reflect. Int. Law Commer. Dispute Resolut. Liber Amicorum Honour Robert Briner* 2005.601-617, 603.

¹³⁴ Bien que les règlements CNUDCI et CIRDI ne parlent nullement des exceptions de recevabilité, elles sont fortement présentes dans les sentences arbitrales. De même, les exceptions de

Faudra-t-il le rappeler, contrairement aux langages littéraire et poétique, où les synonymes servent d'enjoliveurs ; dans le langage juridique, connu par sa rigidité, leur utilisation sert de support pour distinguer les concepts et différencier les situations.

Par ailleurs, il se peut que d'autres facteurs, externes à l'exception, puissent contribuer à la confusion entre compétence et recevabilité.

2.2. Eléments extrinsèques contribuant au rejet de la distinction

Certes, l'enchevêtrement qui existe entre les concepts de recevabilité et de compétence, ainsi que les glissements qui peuvent s'opérer du champ de celle-ci vers celle-là, ont conduit certains arbitres à les coudre dans le même sac. De même, le résultat final commun consistant à faire obstacle au traitement du fond, doublé par le silence du Règlement de procédures, à laisser croire en cette similitude.

Toutefois, il semble que d'autres facteurs pourraient entrer en jeu et contribuer ainsi, à leur tour, à cet amalgame. En effet, nous pourrions légitimement croire que des éléments extrinsèques à l'exception préliminaire concourent à la confusion ou au rejet injustifiable de la distinction. Ces éléments entretiennent un rapport immédiat non pas avec les exceptions mais plutôt avec leurs auteurs. Sans prétendre que ce rapport soit systématique, il nous semble qu'une certaine liaison pourrait être établie.

A ce titre, nous pourrions nous livrer à certaines spéculations en s'appuyant sur quelques réalités procédurales du procès CIRDI ainsi que des témoignages de certaines figures connues du contentieux international¹³⁵.

compétence ne sont guère mentionnées dans les instruments de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, pourtant elles sont bien visibles dans sa jurisprudence.

¹³⁵ Soulignons au passage qu'il est un peu surprenant que cette piste ne soit pas bien explorée dans la littérature juridique traitant de la distinction entre compétence et recevabilité.

D'une part, l'examen des déclinatoires de compétence démontre que nombreux sont les agents des parties qui n'opèrent aucune distinction ou qualification dans leurs objections, et dans le meilleur des cas se contentent de les appeler « objections juridictionnelles ».

Une telle attitude pourrait trouver sa justification dans le manque de familiarité avec les concepts de compétence ou de recevabilité. Dans cette situation l'agent se contente de mentionner la substance de son objection en laissant le soin de sa qualification aux arbitres. Ces derniers, à leur tour, leur arrive souvent d'emboîter le pas aux agents et ne procéder à aucune qualification de l'exception. Peut-être parce qu'ils refusent de se compliquer la tâche dans le silence des parties, mais il se peut aussi que la non-maîtrise des concepts soit la raison principale.

Cette hypothèse se voit renforcée par le fait qu'un nombre important d'agents anglo-saxon, formés à la *common law*, ne soit pas du tout familier avec la distinction compétence-recevabilité. Traditionnellement, le système de la *common law* ignore le concept de recevabilité (*admissibility*) tel qu'il se manifeste dans le procès international ou même dans les systèmes de droit continental¹³⁶. Si certains s'adaptent aisément aux concepts du procès international, d'autres y éprouvent, peut-être, beaucoup de difficultés et continuent ainsi à reproduire les pratiques de leur droit interne dans le contentieux international¹³⁷.

Aussi, Il faudra souligner que le manque de familiarité pourrait être dû non pas à l'appartenance à un système juridique donné mais plutôt à un simple manque de qualification de l'agent. En effet, certains Etats n'ayant pas les moyens de s'offrir le luxe des firmes européennes ou américaines se résignent à faire appel à des juristes

¹³⁶ J. R. CRAWFORD et A. PELLET, préc., note 130, 833.

¹³⁷ La distinction entre compétence et recevabilité est beaucoup plus connue en droit continental qu'en droit anglo-saxon, il est d'ailleurs assez révélateur que cette distinction soit introduite dans le Règlement de la CPJI par des juristes de pure tradition civiliste (Anzilotti et Fromageot) et que des Juges anglo-saxons ont manifesté une opposition à son égard. Voir à ce propos *Id.*, 836.

locaux dont la formation juridique et la qualification professionnelle ne les autorisent pas à s'aventurer dans les périlleuses « labyrinthes » de l'arbitrage international¹³⁸.

D'autre part, le désintéressement dû à la conviction préalable quant au résultat final de l'exception pourrait, également, engendrer un refus par l'agent d'épuiser ses efforts dans la distinction technique entre compétence et recevabilité. Il se peut que les agents soulèvent des exceptions tout en étant convaincus qu'elles n'aboutiront pas. Dans cette optique, il est évident que la qualification serait la dernière de leurs préoccupations.

Ainsi, à propos de l'affaire Nauru devant la CIJ, Allain Pellet témoigne qu'en dépit du fait que la Cour était manifestement compétente, l'Australie n'a pas manqué de soulever des exceptions d'incompétence, non pas à des fins dilatoire, mais plutôt par

« conscience professionnelle. Le raisonnement était le suivant : il est certain que l'on a raison sur le fond, il est probable que l'on a tort sur les exceptions préliminaires, mais il serait tout de même très risqué, en raison de l'importance considérable des enjeux, de ne pas explorer toutes les possibilités. L'Australie a donc considéré qu'il était de son devoir de tout essayer. »¹³⁹

Enfin, il faut admettre que ces facteurs relèvent beaucoup plus de la sociologie des institutions arbitrales que de l'analyse juridique objective. Une étude systématique en la matière sera évidemment la bienvenue.

L'on constate, ainsi, que l'objet de l'exception subit, parfois, des manipulations flagrantes, au niveau de sa qualification, qui rendent son traitement ambigu et incertain. A cela s'ajoute une autre forme de manipulation, il s'agit de l'extension permanente de l'objet.

¹³⁸ Les Etats pauvres sont généralement les plus vulnérables, voir à ce propos Mohammed BEDJAOUI, « L'égalité des Etats dans le procès international, un mythe ? », *Mélanges J. P. Cot* (2009).

II. L'élargissement constant de l'objet

Qu'il s'agisse de la compétence ou de la recevabilité, l'objet se voit fréquemment interprété d'une façon qui déborde ses limites initiales. S'agissant de la compétence, l'un des exemples les plus flagrants est celui de l'appréhension par les tribunaux CIRDI de la notion d'investissement. Cette dernière avait subi un élargissement extravagant au point que certains auteurs se sont interrogés sur ce qui ne serait pas un investissement au sens de la Convention CIRDI (1.)¹⁴⁰. En ce qui concerne la recevabilité, l'extension de l'effet de la clause de la nation la plus favorisée est l'un des exemples les plus parlants. Il illustre parfaitement cet élargissement constant, et extravagant, de l'objet dans son volet relatif à la recevabilité (2).

1. L'extension du champ de la compétence : l'exemple de la qualification de l'opération économique d' « investissement ».

La notion d'investissement revêt une importance capitale devant le CIRDI (1.1.), l'analyse de la jurisprudence révèle qu'elle a connu une évolution importante. Cependant, et contrairement aux espérances, cette évolution était manifestement imbibée d'incohérence. Cela notamment en raison des contradictions et du flou que les tribunaux ont laissés planer au fil des sentences rendues, avec une tendance continue vers l'élargissement. L'analyse de ses sentence permet de faire la distinction entre deux périodes majeures : l'une incarnée par l'affaire *Salini* (1.2.) et l'autre renfermant les décisions post-*Salini* (1.3.).

¹³⁹ JEAN-MARC SOREL et FLORENCE POIRAT, préc., note 2, p. 120.

¹⁴⁰ Ferhat Horchani s'interroge sur cette situation où « tous les flux croisés s'opérant par-dessus les frontières, quelle que soit leur nature ou leur consistance et indépendamment de la création d'un projet sur le territoire de l'Etat d'accueil, [sont] considérés comme un investissement [...] tout devient investissement et, désormais, la question qui mérite d'être posée est : qu'est-ce qui n'est pas investissement ? ». Farhat HORCHANI, « Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation », *J. Droit Int.* 2004.367-417, 381.

1.1. L'importance de la définition de l'investissement

La notion d'investissement direct étranger puise son origine dans la science économique. Cette dernière considère que l'investissement direct implique un transfert de fonds, un projet à long terme, l'intention de revenue régulier, la participation de la personne transférant le fond dans la gestion du projet et un risque commercial. Ces éléments distinguent l'investissement étranger direct de l'investissement de portefeuille¹⁴¹.

Bien que le terme investissement ait déjà une définition économique, il a besoin d'être défini dans des termes juridiques. Les régimes d'investissement doivent déterminer le champ *ratione materiae* de leur application.

A cet égard, si la conception économique est pratiquement uniforme, il n'en va pas de même pour la conception juridique. En effet, le chercheur d'une définition juridique de l'investissement direct étranger se heurte aujourd'hui à une panoplie de définitions, aussi diverses que disparates¹⁴². Certaines émanent d'instruments internationaux ou nationaux, d'autres proviennent de jurisprudences nationales ou internationales.

Dans ce sens, il est indispensable de souligner d'emblée que le rôle qu'a joué la jurisprudence internationale dans l'appréhension de la notion d'investissement direct étranger est de loin le plus éminent. Bien qu'une certaine incohérence a pu entacher cette jurisprudence on ne peut nier sa contribution majeure à la cristallisation de la notion d'investissement, ou, du moins, à la mise en place de son noyau dur.

¹⁴¹ RUDOLF DOLZER, *Principles of international investment law*, Second edition..., Oxford, United Kingdom, Oxford University Press, 2012, p. 60.

¹⁴² Voir DOMINIQUE CARREAU, PATRICK JUILLARD, *Droit international économique*, 4e éd., Paris, Dalloz, 2010. pp. 417-427.

Par ailleurs, si la notion d'investissement a connu une importante évolution devant le CIRDI c'est notamment parce qu'elle recèle des enjeux majeurs. L'établissement d'une définition de l'investissement n'est pas un simple exercice de spéculation théorique auquel les universitaires, mordus de l'abstraction, se livrent par pur plaisir. Sans pour autant nier l'existence d'un enjeu théorique¹⁴³, l'enjeu pratique est, de loin, le plus important. Ce dernier, consiste en l'impact que pourrait avoir la notion d'investissement sur la compétence du tribunal arbitral en cas d'un heurt entre les intérêts des parties. Le tribunal CIRDI se déclarera compétent selon que l'opération économique est qualifiée d'investissement ou non¹⁴⁴.

L'enjeu pourrait donc être colossal, si le tribunal ne qualifie pas l'opération économique en question d'investissement, l'investisseur se verra refuser, définitivement, la possibilité de faire valoir ses droits devant les prétoires du CIRDI en raison d'une incompétence *ratione materiae*. *A contrario*, une décision établissant la compétence du tribunal, suite à la qualification d'une opération économique donnée d'investissement, pourrait frustrer l'Etat qui en retenait une conception différente.

C'est à ce moment-là que se manifeste l'intérêt particulier d'avoir une définition claire et sans ambiguïté. Le tribunal doit procéder en deux temps ; d'abord dire qu'est-ce qu'un investissement et, en suite, qualifier l'opération économique en question. L'enjeu se trouve d'autant plus accentué que l'article 25 de la convention de Washington ne fournit aucune définition et les instruments de consentement liant les parties sont souvent équivoques.

Donc, la question de la compétence est fondamentale et passe souvent, aux fins de la délimitation du champ *ratione materiae* du tribunal, par la définition de l'investissement direct étranger,

¹⁴³ Effectivement, il est clair que pour parler d'un « droit international des investissements » il faudra d'abord se demander s'il existe une définition univoque et stable de l'objet de cette branche de droit international.

¹⁴⁴ L'article 25(1) de la convention de Washington prévoit que « 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 ».

Cela étant précisé, Il convient de souligner que ce qui nous intéresse ici n'est pas le genre d'opérations qualifiées d'investissement, mais plutôt la méthodologie et l'approche que les tribunaux CIRDI ont utilisé pour dégager la notion d'investissement et ainsi élargir leur champ de compétence.

1.2. La tentative de délimitation : La jurisprudence *Salini* et l'espoir d'une stabilisation de la définition de l'investissement

Bien que quelques affaires, précédant l'affaire *Salini*, aient soulevé la question de savoir si certaines opérations économiques pourraient être qualifiées d'investissement ou non, elles n'ont pas développé une méthode rigoureuse aux fins de la définition de l'investissement (1.2.1.). C'est dans l'affaire *Salini* que la notion s'est finalement cristallisée (1.2.2.).

1.2.1. La période pré-*Salini* : la contribution aux critères

La première fois où la question de la notion d'investissement a été soulevée par les parties était dans le cadre de l'affaire ayant opposé *Fedax N.V.* à la République de Venezuela. Le Tribunal a pris le soin de souligner qu'à l'opposé des affaires *Kaiser Bauxite c. Jamaïque* et *Alcoa Minerals c. Jamaïque*, c'est à l'initiative de l'une des parties que la question de la définition a été soulevée afin d'établir la compétence *ratione materiae* du Tribunal.

Au centre de la contestation se trouvait des billets à ordre émis par le Venezuela en vertu de sa loi sur le Crédit Public. La partie demanderesse qui a soulevé cette question a qualifié ces billets à ordre d'investissement direct étranger aux fins de l'établissement de la compétence du CIRDI. Le Venezuela, quant à lui, a émis une objection en arguant que :

« *This transaction does not amount to a direct foreign investment involving "a long term transfer of financial resources-capital flow-from one*

country to another (the recipient of the investment) in order to acquire interests in a corporation, a transaction which normally entails certain risks to the potential investor »¹⁴⁵

Le Tribunal afin de répondre à ce point a procédé à une analyse à deux volets. Dans un premier temps, il a examiné la question de savoir si les billets à ordre constituaient un investissement au sens de l'article I de la convention entre les Pays-Bas et le Venezuela. Dans un deuxième temps, il s'est penché sur la question de savoir si ces billets peuvent être considérés comme investissement au sens de l'article 25 de la convention de Washington.

S'agissant du premier examen, le Tribunal, en s'appuyant sur la définition large que fournissait le traité bilatéral, est parvenu à qualifier les billets à ordre d'investissement direct étranger.

Toutefois, et contrairement au premier, le deuxième examen soulevait une difficulté majeure dans la mesure où l'article 25 de la convention de Washington ne fournit aucune définition de l'investissement, alors que la compétence du Centre ne peut être établie qu'à l'égard d'un différend juridique relatif à un investissement. En dépit de cette difficulté, et contrairement aux attentes, le Tribunal avait qualifié l'opération commerciale d'investissement au sens de l'article 25 de la convention de Washington. Il s'est appuyé notamment sur certains critères qu'il a considérés comme étant caractéristiques de l'investissement. Il a statué, sans s'engager dans un profond débat sur la notion, qu'une opération économique pourrait être qualifiée d'investissement dès lors que cinq critères sont applicables : une certaine durée, une régularité en matière de profit et de revenus, un apport, un risque, un engagement substantiel et un intérêt certain pour le développement du pays d'accueil¹⁴⁶.

Comme le souligne pertinemment Alex Grabowski, les arbitres dans l'affaire *Fedax* bien qu'ils n'ont pas produit un test clair de la définition, ils ont néanmoins jeté les

¹⁴⁵ *Fedax N.V. c. Venezuela*, affaire CIRDI no ARB/96/3, Décision sur la compétence du 11 juillet 1997, para. 19.

bases d'importants principes, tels que la durée et la contribution au développement de l'Etat d'accueil, qui ont contribué par la suite à la définition actuelle de l'investissement¹⁴⁷.

Au demeurant, bien qu'antérieurement à l'affaire *Salini* le CIRDI a eu l'occasion de traiter de la notion d'investissement, il n'est jamais allé jusqu'à en concevoir une réelle définition. Comme le fait remarquer *Emmanuel Gaillard* :

« Prior to this decision, other ICSID tribunals had been faced with challenges to the existence of an investment in their respective disputes, but the question had always been resolved without difficulty. In *CSOB v The Slovak Republic*, the tribunal applied this finding in the context of the partition of former Czechoslovakia and the allocation among the Czech and Slovak Republics of non-performing receivables generated by the activity of the entity entrusted with the task of supporting Czechoslovakian enterprises. In most other cases, the objection as to the existence of an investment was not even raised by the parties. »¹⁴⁸

En réalité, c'est dans l'affaire *Salini* que les repères pour l'établissement des caractéristiques d'une opération économique d'investissement ont été clairement établis.

¹⁴⁶ *Id.* para 30.

¹⁴⁷Alex GRABOWSKI, « Definition of Investment under the ICSID Convention: A Defense of *Salini, The* », (2014) 15 *Chic. J. Int. Law* 287, 296.

¹⁴⁸Emmanuel GAILLARD, « Identity or Define?: Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice », *Int. Invest. Law 21st Century Essays Honour Christoph Schreuer* 2009.P. 403-416, 404.

1.2.2. L'affaire Salini : La mise en place de critères objectifs d'identification de l'investissement

L'affaire *Salini* constitue l'une des étapes les plus importantes dans l'évolution de la jurisprudence CIRDI sur la notion d'investissement.

Cette Affaire avait opposé le Royaume du Maroc à deux entreprises italiennes (*Salini* et *Italstrade*). La Société Nationale des Autoroutes du Maroc (ADM), agissant pour le compte de l'État marocain, avait octroyé aux deux entreprises un marché de construction. Sur la base de l'art. 8 du TBI signé entre le Maroc et l'Italie, les deux entreprises avaient saisi le CIRDI le 1^{er} mai 2000. Le Maroc contestait la compétence du Tribunal en arguant qu'elle ne peut être établie qu'à l'égard d'une opération qualifiée d'investissement, et que le contrat en question, au sens du TBI et de la Convention de Washington, ne l'est pas.

Le Tribunal s'est donc, dans un premier temps, posé la question de savoir si au sens de l'article I du TBI le contrat de construction obtenu par les deux entreprises constituait un investissement. L'art. 1(c) du TBI disposait qu'il est considéré comme investissements les « [...] droits à une prestation contractuelle ayant une valeur économique », le Tribunal a estimé que l'exécution d'un marché de travaux publics tombé sous le coup de cette disposition.

Dans un deuxième temps, il s'est penché sur la qualification du contrat au titre de l'article 25 de la convention de Washington. En se basant sur les immenses travaux de la doctrine, d'une part, et le préambule de la convention de Washington, d'autre part, le Tribunal a développé une approche objective qui sera connue par la suite sous le nom de « Teste *Salini* » ou « Critères *Salini* ». Il a considéré qu'en dépit des lacunes que présente l'article 25, il existait un noyau dur qui permettait de caractériser une opération économique d'investissement. Dès lors qu'un apport, une durée minimale d'exécution, un risque lié à l'opération et une concurrence au développement de l'Etat d'accueil sont constatés dans une opération économique, le qualificatif d'investissement lui sera attribué¹⁴⁹. Le Tribunal en appliquant ces critères

¹⁴⁹ *Salini Costruttori SpA & Italstrade SpA c. Maroc*, préc, note 72, para 111-112

a conclu que le contrat attribué aux requérantes s'agissait bien d'un investissement au sens de l'article 25 de la convention de Washington.

A cet égard, il est important de rappeler que les travaux doctrinaux auxquels le Tribunal faisait référence, s'agissaient principalement des travaux de Dominique Carreau, Thiébaud Flory et Patrick Juillard. Ces derniers étaient parmi les premiers à fournir une définition de l'investissement basée sur les trois premiers critères que le tribunal a empruntés. Ainsi, ils écrivaient dans la 3^{ème} édition de leur fameux manuel de droit international économique :

« Ces critères s'articulent autour de trois idées. En premier lieu, il ne saurait y avoir investissement sans apport - quelle que soit, par ailleurs, la forme que prend cet apport. En deuxième lieu, il ne saurait y avoir d'investissement dans le court terme: l'opération d'investissement présente un caractère de "durabilité" qui ne peut se satisfaire que d'un apport à moyen ou à long terme. En troisième lieu, il ne saurait y avoir investissement sans risque, en ce sens que la rémunération différée que l'investisseur perçoit doit être fonction des profits ou des pertes de l'entreprise. Ces trois critères ne sont pas d'application alternative, mais d'application cumulative »¹⁵⁰

Ces travaux ont été repris par Emmanuel Gaillard qui a été expressément cité par le Tribunal :

« [...] La doctrine considère généralement que l'investissement suppose des apports, une certaine durée d'exécution du marché et une

¹⁵⁰ Dominique CARREAU, Thiébaud FLORY et Patrick JUILLARD, *Droit international économique*, 3e éd., Et augm, coll. Manuel, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1990, p. 558-578.

participation aux risques de l'opération (cf. note de E. Gaillard citée ci-avant [JDI, 1999, p. 278 et s.], p. 292). »¹⁵¹

Toutefois, si les trois premiers critères ont été empruntés à la doctrine, il n'en était pas de même pour le dernier. En effet, le Tribunal, en examinant le préambule de la Convention de Washington, avait estimé que les trois premiers critères ne saisissaient pas complètement la notion d'investissement. Par conséquent, il a ajouté un quatrième critère qui prenait en considération le rôle de l'investissement privé dans le développement économique de l'Etat d'accueil¹⁵².

Par ailleurs, le Tribunal n'a pas manqué de préciser le rapport entre ces critères :

« En vérité, ces divers éléments peuvent être interdépendants. Ainsi, les risques de l'opération peuvent être fonction des apports et de la durée d'exécution du marché. Il en résulte que ces divers critères doivent être appréciés dans leur ensemble même si, pour les besoins du raisonnement, le Tribunal les passe ici en revue. »¹⁵³

En somme, la sentence *Salini* s'est distinguée par l'effort du Tribunal de dégager des critères objectifs. Ces derniers ont été clairement exposés et intégrés dans le champ de compréhension de l'article 25, et par la même, les critères subjectifs, à eux seuls, se trouvaient distinctement écartés. En ce sens, même si l'opération économique correspondrait à la définition de l'investissement fournie par les parties dans leurs

¹⁵¹ *Salini Costruttori SpA & Italstrade SpA c. Maroc*, préc, note 72, para 52.

¹⁵² Il est toutefois important de souligner que même si cette idée n'a pas été largement développée par la doctrine, Georges Delaume l'avait bien exprimée précédemment : « [à] cette notion classique relevant d'une conception économique et juridique étroite se substitue aujourd'hui un autre concept, essentiellement économique dans sa nature *et juridiquement malléable* dans sa formulation, qui repose non plus sur l'apport en propriété mais, au contraire, sur la contribution *escomptée, sinon toujours effective*, de l'investissement au développement économique du pays intéressé ». Georges DELAUME, « Le Centre International pour le règlement des différends relatifs aux Investissements: la pratique du CIRDI », *J. Droit Int.* 1982.775-843, 801.

¹⁵³ *Salini Costruttori SpA & Italstrade SpA c. Maroc*, préc, note 72, para 52.

instruments conventionnels, elle ne pourra être considérée ainsi qu'en présence des quatre critères combinés.

Subséquemment, une série de sentences arbitrales qui avaient, plus au moins, accepté l'approche *Salini* avait laissé croire que la notion basée sur les quatre critères a finalement été acceptée et ancrée dans la jurisprudence CIRDI¹⁵⁴.

Cependant, à la grande déception de ceux qui croyaient en la stabilisation de la définition de l'investissement, les jurisprudences ouvrant la porte de la controverse et de la désharmonie n'ont pas tardé à venir.

1.3. La tendance vers l'extension : La période post-*Salini* et la désharmonie des sentences arbitrales

Au fil des années, le « *test Salini* » s'est avéré source de controverse, notamment le quatrième critère exigeant la contribution au développement économique de l'Etat d'accueil.

En effet, le survol des jurisprudences post-*Salini* révèle une divergence dans les positions des tribunaux CIRDI qu'on pourrait regrouper sous quatre positions¹⁵⁵.

La première est celle qui accepte les quatre « critères *Salini* » sans y apporter la moindre modification¹⁵⁶. Tel était le cas, par exemple, dans les affaires *Joy Mining Machinery Ltd c. République Arabe d'Égypte*. Le Tribunal devait se prononcer sur des garanties bancaires émises dans le cadre d'une transaction commerciale. Il s'agissant plus précisément de savoir si celles-ci constituaient un investissement au

¹⁵⁴ A propos de ces jurisprudences voir Sébastien MANCIAUX, « The Notion of Investment: New Controversies », *J. World Invest. Trade* 2008.443-466, 443-444.

¹⁵⁵ Pour une liste exhaustive des jurisprudences voir RUDOLF DOLZER, *Principles of international investment law*, Second edition., Oxford, United Kingdom, Oxford University Press, 2012, pp. 67-74.

¹⁵⁶ Soulignons que le comité *ad hoc* est allé très loin dans l'affaire Patrick Mitchell c. Congo de 2006. Il a érigé le critère de la contribution au développement de l'État hôte en caractéristique essentielle et fondamentale pour la qualification d'investissement.

sens de l'article I (a) (i) du TBI, d'une part, et de l'article 25 de la convention de Washington, d'autre part. En appliquant le test *Salini*, tel quel, le Tribunal avait conclu que l'opération ne constituait pas un investissement¹⁵⁷.

La deuxième position est celle qui accepte seulement les trois premiers critères *Salini* et rejette le dernier. L'affaire *L.E.S.I.-DIPENTA* illustre parfaitement comment le critère de la contribution au développement de l'État d'accueil a été éliminé sous prétexte qu'il est « difficile à établir et implicitement couvert par les trois éléments retenus »¹⁵⁸. D'autres sentences arbitrales, telles que *Victor Pey Casado et fondation « President Allende » c. Chili*. et *Saba Fakes c. La République de Turquie*, ont suivi le même raisonnement¹⁵⁹.

S'agissant de la troisième position, elle ne remettait pas entièrement en question les critères *Salini* mais y ajoutait d'autres. Ainsi dans l'affaire *Phoenix Action Ltd.* le Tribunal a estimé que la présence des trois premiers critères suffirait pour présumer l'existence du quatrième. Toutefois, il a considéré qu'afin de qualifier l'opération d'investissement, et la compétence du Centre soit ainsi déclenchée, la loi de l'Etat d'accueil doit être respecté et l'actif investi *bona fide*¹⁶⁰.

Enfin, la quatrième position est celle qui se détache du « test *Salini* » en réfutant expressément l'existence de critères objectifs.

La première distanciation de l'approche *Salini* a été incarnée par la sentence *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. République unie de Tanzanie*. Dans cette affaire le Tribunal

¹⁵⁷ *Joy Mining Machinery Limited c. la République Arabe d'Égypte*, affaire CIRDI no ARB/O3/II, Sentence sur la compétence du 6 août 2004. D'autres décisions dans ce même sens : Décision sur la compétence rendue le 14 novembre 2005 dans l'affaire *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. Islamic Republic of Pakistan* ; Décision sur la compétence rendue le 16 juin 2006 dans l'affaire *Jan de Nul N. V c. Egypte* ; Décision sur la compétence rendue le 21 mars 2007 dans l'affaire *Saipem Spa c. Bangladesh* ; Sentence d'incompétence rendue le 17 mai 2007 dans l'affaire *M.H.S. c. Malaisie*.

¹⁵⁸ *Conorzio L.E.S.I.-DIPENTA c. Algérie*, préc, note 119, para. 13.

¹⁵⁹ *Victor Pey Casado et fondation « President Allende » c. Chili*, affaire CIRDI no ARB/98/2, Sentence du 8 mai 2008 ; *Saba Fakes c. République de Turquie*, affaire CIRDI no ARB/07/20, Sentence .du 14 juillet 2010

a rappelé le silence de l'article 25 de la convention de Washington tout en soulevant l'inconvénient que présentent les « critères *Salini* » :

« 312. In the Tribunal's view, there is no basis for a rote, or overly strict, application of the five 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 [...].

314. 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 [...] .»¹⁶¹

Toutefois, c'est dans la décision d'annulation dans l'affaire *Malaysian Historical Salvors c. Malaisie* que l'attaque la plus ardue ait été dirigée contre l'approche *Salini*. Cette fois, la critique était directe et la sentence arbitrale *Salini* a été qualifiée de « gross error that gave rise to a manifest failure to exercise jurisdiction »¹⁶². Cette décision était sans précédent, comme le soulève, à juste titre, Rodolphe Dolzer et

¹⁶⁰ *Phonex c. République Tchèque*, affaire CIRDI no ARB/06/5, Sentence du 15 avril 2009, para. 85.

¹⁶¹ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. United Republic of Tanzania*, affaire CIRDI no ARB/05/22, para. 312, 314 et 317.

¹⁶² *Malaysian Historical Salvors Sdn Bhd c. Malaisie*, Decision d'annuellement, affaire CIRDI no ARB/05/10, Sentence rendu le 16 avril 2009.

Christophe Schreuer : « In an unprecedented Annulment decision, a sizable line of arbitral jurisprudence was to be discarded as manifestly in error»¹⁶³.

Dans cette décision d'annulation, le Comité a considéré que le terme « investissement » n'est pas qualifié dans l'article 25 de la Convention et que les travaux préparatoires ne font guère référence aux « *critères Salini* ». Seules les ventes simples et les transactions commerciales transitoires ont été considérées, dans ces travaux, comme ne relevant pas du champ *ratione materiae* de la Convention. Autrement, les parties sont libres de soumettre au Centre les différends qu'ils voudraient trancher. Ainsi, il a conclu que la position du Tribunal dans l'affaire *Salini* se caractérise par une restriction injustifiée des circonstances sous lesquelles les parties peuvent recourir au Centre et risque d'handicaper l'Institution.

En définitive, après l'examen de ces affaires, force est de constater la flagrante absence de consensus au sein des tribunaux CIRDI autour de la notion d'investissement. Tantôt les critères *Salini* sont acceptés, tantôt rejetés, tantôt d'autres sont ajoutés ; et les arguments avancés afin d'épauler chacune des positions semblent relever beaucoup plus de la conviction personnelle des arbitres que de l'analyse juridique propre.

Pour mieux appréhender cette controverse jurisprudentielle, il est indispensable d'accéder, d'abord, au raisonnement et à la méthodologie dont les arbitres font usage pour définir l'investissement. Sans pour autant la justifier, cela rendrait, éventuellement, cette divergence moins dissonante.

En effet, cette divergence puise sa source dans l'approche choisie par l'arbitre ; selon que ce dernier opte pour une approche objective ou une approche subjective, sa compréhension de l'investissement changera.

¹⁶³ RUDOLF DOLZER, *Principles of international investment law*, Second edition..., Oxford, United Kingdom, Oxford University Press, 2012, p. 68.

La méthode objective se base principalement sur la conviction de l'existence de critères objectifs permettant l'identification de l'investissement, et qui délimitent ainsi l'autonomie des parties.

La méthode subjective, quant à elle, donne une place de choix à l'autonomie des parties et considère que leur volonté suffit pour déterminer si une opération économique constitue un investissement ou non.

Toutefois, d'autres facteurs, qui contribuent à des degrés différents à cette désharmonie, peuvent aussi être relevés.

Il en va ainsi du rôle de la doctrine, dont la divergence sur la question de la notion ne va guère dans le sens d'une harmonisation. Son impact sur l'instabilité de la notion ne peut-être nié lorsqu'on connaît l'usage dont les arbitres en font dans les sentences CIRDI afin d'étayer leurs positions. Malheureusement, cette divergence est toujours d'actualité et les auteurs semblent relater les mêmes arguments d'autrefois¹⁶⁴.

Aussi, l'une des sources principales de cette désharmonie réside dans le silence de l'article 25, qui ne se prononce nullement sur la définition de l'investissement. Ce silence trouve sa justification dans le refus des auteurs de la Convention de Washington d'enfermer l'investissement dans des termes juridiques restreints.

Le caractère très évolutif de l'investissement et les formes très différentes qu'il pourrait prendre, faisaient partie des arguments fondamentaux de ce refus et constituent aujourd'hui l'un des obstacles principaux à l'harmonisation de la notion d'investissement.

Enfin, pour remédier à ce problème de désharmonie, certains ont proposé la mise en place d'un double degré de juridiction au sein du système CIRDI¹⁶⁵. Quoique cette solution semble raisonnable, sa faisabilité reste à vérifier, étant donné les frais ainsi

¹⁶⁴ Voir par exemple Alex GRABOWSKI, « Definition of Investment under the ICSID Convention: A Defense of Salini, The », (2014) 15 *Chic. J. Int. Law*, p 287.

que les lenteurs qu'elle pourrait engendrer. En réalité, seule la pratique permettra d'affirmer la pertinence d'une telle solution. En attendant, la désharmonie subsiste.

De toute façon, cette problématique s'inscrit dans la perspective plus générale de la « politique juridictionnelle » des tribunaux CIRDI relativement à leur compétence. Cette politique est souvent critiquée en raison de son caractère très extensif qui a débouché, au fil des années, sur une jurisprudence entachée d'incohérence¹⁶⁶.

Cette tendance à l'extension excessive ne touche pas seulement la compétence, elle concerne également la recevabilité. Le cas de la clause de la nation la plus favorisée en est l'exemple parfait.

¹⁶⁵ Voir par exemple RUDOLF DOLZER, préc., note 142.

¹⁶⁶ Voir à ce propos C. C. DAIGREMONT, préc., note 125, 453-516.

2. L'extension du champ de la recevabilité : l'exemple de la clause de la nation la plus favorisée

Il est devenu fréquent, presque banal, d'intégrer une clause de la nation la favorisée (CNF) dans les traités de protection des investissements¹⁶⁷. La règle du traitement de la nation la plus favorable implique que chaque Etat partie réserve aux investisseurs de l'autre partie un traitement aussi favorable que celui réservé aux investisseurs des Etats tiers. La définition fournie par la Commission du droit international est parmi les plus pertinentes, elle identifie la CNF comme :

« le traitement accordé par l'État concédant à l'État bénéficiaire, ou à des personnes ou à des choses se trouvant dans un rapport déterminé avec cet État, non moins favorable que le traitement conféré par l'État concédant à un État tiers ou à des personnes ou à des choses se trouvant dans le même rapport avec cet État tiers »¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Voir OCDE (2004), « Le traitement de la nation la plus favorisée dans le droit international des investissements », Éditions OCDE. <http://dx.doi.org/10.1787/338113032407>.

¹⁶⁸ Article 5 du projet d'articles sur les clauses de la nation la plus favorisée (projet de la CDI), disponible : http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/draft_articles/1_3_1978.pdf. Un bon exemple de formulation de la CNF est celui de l'article 10.3 (Traitement de la nation la plus favorisée) de l'Accord de libre-échange entre les États-Unis et le Chili dispose :

« (1) Chacune des parties accordera aux investisseurs de l'autre partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances similaires, aux investisseurs d'une tierce partie, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre alienation d'investissements.

(2) Chacune des parties accordera aux investissements visés un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances similaires, aux investissements des investisseurs d'une tierce partie, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre alienation d'investissements. ». Rapporté dans OCDE (2004), « Le traitement de la nation la plus favorisée dans le droit international des investissements », Éditions OCDE. <http://dx.doi.org/10.1787/338113032407>. paragraphe. 2.3.

Bien que traditionnellement, dans le domaine des investissements internationaux, cette clause ait été utilisée pour des avantages substantiels¹⁶⁹, les parties devant les tribunaux CIRDI en ont demandé le bénéfice pour des questions procédurales (2.1.). Pour freiner cette extension surprenante les tribunaux ont tenté d'imposer certaines limites objectives (2.2.).

2.1. Une extension extravagante

C'est dans l'affaire *Maffezini* contre Espagne que l'extension de l'effet de la CNF pour un avantage procédural a été demandée. En effet, en 1997 une requête a été introduite par un investisseur chilien, Emilio Agustin Maffezini, contre l'Espagne sur la base d'une violation du traité bilatéral d'investissement conclu avec la République argentine le 3 octobre 1991¹⁷⁰. L'article X de ce dernier ne permet aux investisseurs de chaque partie de saisir le CIRDI qu'après avoir saisi au préalable les tribunaux internes, ou dans la situation où aucune décision sur le fond n'a été rendue dans un délai de dix-huit mois.

Dans cette affaire, Maffezini n'avait pas rempli cette condition et pour y échapper il a invoqué l'article IV paragraphe 2 d'un traité bilatéral conclu entre l'Espagne et le Chili. Cet article imposait une seule exigence qui consistait en le respect d'un délai de six mois entre la naissance du différend et le dépôt d'une requête devant le CIRDI et n'exigeait pas le recours aux juridictions internes. Par le jeu de la CNF inscrite dans le traité conclu avec l'Argentine, Maffezini estimait qu'il était en droit de réclamer le bénéfice de l'article IV paragraphe 2 du traité conclu avec le Chili et qui réserve aux investisseurs chiliens en Espagne un traitement procédural plus

¹⁶⁹ Voir Stephanie PARKER, « A BIT at a Time: The Proper Extension of the MFN Clause to Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties », (2012) 2-1 *Arbitr. Brief*, 35, en ligne : <<http://digitalcommons.wcl.american.edu/ab/vol2/iss1/4>>.

¹⁷⁰ *Emilio Agustin Maffezini c. Espagne*, affaire CIRDI n° ARB/97/7, décision sur la compétence du 25 janvier 2000.

avantageux que celui offert aux investisseurs argentins¹⁷¹. Il a estimé que la CNF était formulée dans des termes très larges qui englobaient toute sorte d'avantages, qu'ils soient procéduraux ou substantiels.

L'Espagne pour contrecarrer cet argument s'est appuyée sur le fameux principe *ejusdem generis*¹⁷². Elle a invoqué le fait qu'il est interdit selon ce principe d'étendre les dispositions d'un traité qui ne concerne pas le même objet (*same matter*) que le traité renfermant la clause la nation la plus favorisée. Hors, il est évident que les deux traités en question portent sur la protection et la promotion de l'investissement. Néanmoins, l'Espagne invoque ce principe tout en fournissant une interprétation particulière. Les agents de l'Espagne ont avancé l'idée que ce principe ne concerne que les avantages substantiels ou d'ordre matériel (*substantive matters* or *material aspects*) et exclus, ainsi, les questions procédurales ou de compétence.

Ainsi, les arbitres se trouvaient face à une question délicate dans la mesure où il n'existe pas, dans le contentieux relatif aux investissements internationaux, de précédents liés à l'extension de l'effet de la CNF à des dispositions d'ordre purement procédural.

Avant de répondre à ce point, le Tribunal a commencé par souligner que ce genre d'argument n'est pas inconnu des juristes internationaux. Il a judicieusement rappelé l'affaire *Anglo-Iranian Oil Co.*¹⁷³, l'affaire des *Droits des ressortissants des Etats-Unis au Maroc*¹⁷⁴ et l'affaire *Ambatielos*¹⁷⁵. Pour répondre, par la suite, le Tribunal a structuré son argumentaire en deux étapes.

¹⁷¹ L'article IV paragraphe 2 dispose: «In all matters subject to this Agreement, this treatment shall not be less favorable than that extended by each Party to the investments made in its territory by investors of a third country.». Voir *Maffezini c. Espagne*, préc., note 170, para. 38.

¹⁷² Ce principe est connu aussi sous le nom du principe de l'identité du genre, il s'agit de « la règle selon laquelle une clause NPF ne peut attirer que les questions relevant du même objet ou de la même catégorie d'objets que ceux auxquels elle se réfère ». OCDE (2004), « Le traitement de la nation la plus favorisée dans le droit international des investissements », Éditions OCDE. <http://dx.doi.org/10.1787/338113032407>. p. 3.2.

¹⁷³ *Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran)*, exception préliminaire, 22 juillet 1952, *CIJ Recueil 1952*, pp. 93-115.

¹⁷⁴ *Droits des ressortissants des Etats-Unis au Maroc (France c. Etats-Unis)*, fond, 27 août 1952, *ibid.*, pp. 176-214.

Dans un premier temps, les arbitres ont commencé par l'identification du traité de base qui gouverne les droits du bénéficiaire de la CNF¹⁷⁶. Ils ont conclu qu'il s'agit du traité bilatéral d'investissement entre l'Espagne et l'Argentine.

Dans un second temps, ils ont abordé la question de savoir si les dispositions invoquées, et qui se trouvent dans le traité conclu avec la tierce partie, peuvent être considérées comme étant :

« fair and equitable treatment to which the most favored nation clause applies under basic treaties on commerce, navigation or investments and, hence, whether they can be regarded as a subject matter covered by the clause.»¹⁷⁷.

En d'autres termes, il s'agit de l'application du principe *ejusdem generis* afin de s'assurer qu'il s'agit de la même matière. Le Tribunal confirme que le traité de base a pour matière principale la protection et la promotion des investissements étrangers et que la matière de la clause, quant à elle, porte sur le traitement juste et équitable. Reste donc à prouver que les dispositions relatives au règlement des différends font partie des dispositions relatives au traitement juste et équitable des investissements. La question était de savoir si ces dernières renferment non seulement les dispositions substantielles mais aussi procédurales. Le Tribunal pour répondre à cette question s'est principalement appuyé sur la décision de la Commission d'arbitrage dans l'affaire *Ambatielos*. Cette dernière avait opéré une distinction particulière entre l'administration de la justice en tant que telle, et l'administration de la justice en tant que source de protection des droits de commerçants:

“It is true that the ‘administration of justice’, when viewed in isolation, is a subject-matter other than ‘commerce and navigation’, but this is not

¹⁷⁵ Commission d'arbitrage, *Ambatielos*, 6 mars 1956, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII, Nations Unies, pp. 83-153.

¹⁷⁶ *Maffezini c. Espagne*, préc., note 170, para.44.

¹⁷⁷ *Id.* para. 46

necessarily so when it is viewed in connection with the protection of the rights of traders. Protection of the rights of traders naturally finds a place among the matters dealt with by treaties of commerce and navigation. Therefore it cannot be said that the administration of justice, in so far as it is concerned with the protection of these rights, must necessarily be excluded from the field of application of the most-favored-nation clause, when the latter includes 'all matters relating to commerce and navigation'. The question can only be determined in accordance with the intention of the Contracting Parties as deduced from a reasonable interpretation of the Treaty"¹⁷⁸.

Ainsi, la Commission d'arbitrage avait accepté d'étendre l'effet de la CNF aux questions relatives à l'administration de la justice et a considéré que cela ne présentait aucun problème d'incompatibilité avec le principe *ejusdem generis*. Elle a conclu que la protection des droits de commerçants et navigateurs inclut l'ensemble du traitement couvert par la CNF, y compris les dispositions de règlement de différends ¹⁷⁹.

La formation arbitrale dans l'affaire *Maffezini* avait parvenu à la même solution et accepté d'appliquer la règle aux cas relatifs aux investissements internationaux. En effet, bien que le Tribunal ait admis le fait que le traité de base contenant la CNF ne mentionne pas expressément le règlement des différends comme faisant partie des droits couvert par la CNF, il a estimé qu'ils existent de bonnes raisons de croire qu'aujourd'hui les accords de règlement des différends sont inextricablement liés à la protection des investisseurs étrangers¹⁸⁰. Il a statué, après avoir rappelé l'importance de respecter la volonté des Etats contractants, qu'en cas de silence du traité, il est

¹⁷⁸ . *Id.* para.49

¹⁷⁹ *Id.* para. 50

¹⁸⁰ *Id.* para. 54 le Tribunal s'est étalé sur cette question en citant de multiples décisions et TBI qui mentionnent expressément les moyens de règlement des différends comme outil de protection des investisseurs étrangers.

très probable qu'il ait été entendu que les dispositions procédurales font partie intégrante des questions relatives à la protection des investisseurs et donc invocables au titre de la clause de la nation la plus favorisée.

Néanmoins, il a été reproché aux arbitres l'omission de clarifier la signification et les limites du mot "traitement". Même s'ils en ont indirectement abordé le sens lorsqu'ils ont analysé l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil*, pour cerner le champ de la CNF, ils n'ont pas ouvertement démontré comment l'appréhender¹⁸¹.

Nonobstant les différentes critiques, il s'en est suivi des sentences qui ont emboîté le pas à la sentence *Maffezini*.

Ainsi, dans l'affaire *Siemens AG* la CNF a été invoquée pour échapper à la condition de saisir les tribunaux internes et celle de respecter le délai de dix-huit mois avant la saisine du CIRDI¹⁸². Dans cette affaire le Tribunal a autorisé également l'extension de la clause de la nation la plus favorisée aux questions procédurales. En l'occurrence, un traité argentin exigeait de porter le différend devant les juridictions internes et attendre un certain délai avant de saisir les juridictions internationales. Le Tribunal a rejeté la demande de l'Argentine de distinguer le cas d'espèce de celui de *Maffezini* et a accepté l'extension de l'effet de la CNF pour inclure les dispositions de règlement de différends¹⁸³.

Par ailleurs, il est important de rappeler l'affaire *Tecmed* dans laquelle la CNF a été invoquée au titre d'un avantage qui n'est pas directement procédural mais qui y ressemble¹⁸⁴. Dans cette affaire certains faits se sont déroulés avant l'entrée en vigueur du traité. L'État pour les faire tomber rétroactivement sous le coup dudit traité

¹⁸¹ S. PARKER, préc., note 170, 46.

¹⁸² *Siemens AG c. République argentine, affaire CIRDI no ARB/02/8*, décision sur la compétence, 3 août 2004.

¹⁸³ *Id.* par. 51. Les TBI argentins ont été une source importante de la CIRDI relative à l'application de la CNF, voir à ce propos les exemples cités dans S. PARKER, préc., note 170, 40-41.

¹⁸⁴ *Técnicas Medioambientales Tecmed, SA c. Mexique, affaire CIRDI no ARB(AF)/00/2*, Sentence du 29 mai 2003.

avait invoqué la clause de la nation la plus favorisé pour pouvoir se prévaloir d'un autre traité qui offrait une telle possibilité.

Au premier regard, la question semble portée la compétence *ratione temporis*, mais en réalité elle concerne l'application du traité dans le temps, ce qui, en réalité, constitue une question sensiblement différente :

« It deems that matters relating to the application over time of the Agreement, which involve more the time dimension of application of its substantive provisions rather than matters of procedure or jurisdiction, due to their significance and importance, go to the core of matters that must be deemed to be specifically negotiated by the Contracting Parties.»¹⁸⁵

Donc, c'est simplement pour cette raison que le tribunal a extrait la question du champ de la compétence juridictionnelle pour l'introduire dans celui de l'application du traité dans le temps. Pour le Tribunal, la différence entre les deux est de taille car les dispositions relatives à l'application dans le temps sont décisives pour le consentement des parties. Elles sont spécifiquement négociées et indispensables pour l'appréhension du régime d'investissement applicable. Ainsi, pour le Tribunal, ces dispositions ne peuvent être palliées en se prévalant de la CNF.

Tel que le soulève Daigremont, l'argumentaire du Tribunal semble un peu maladroit dans la mesure où toutes les dispositions d'un traité sont spécialement négociées par les contractants et, par la même, décisives pour leur consentement. Néanmoins, la position du Tribunal semble tout à fait plausible lorsqu'il soutient que l'application dans le temps de l'instrument conventionnel ne concerne pas l'ensemble des droits et traitements réservés à l'investisseur mais plutôt la vie du traité en tant que tel¹⁸⁶.

¹⁸⁵ *Id.* préc. Note 184, par. 69.

¹⁸⁶ C. C. DAIGREMONT, préc., note 125, 508-509.

En se basant sur le raisonnement suivi dans l'affaire *Maffezini* une question importante se pose. S'il est permis d'étendre l'effet de la CNF aux dispositions relatives au règlement des différends, serait-il possible d'en faire autant pour celles relative à l'application dans le temps et la vie du traité ?

L'objet et le but de la CNF, qui visent les traitements les plus avantageux, ne peuvent que déboucher sur une réponse négative. En effet, les questions relatives à l'application d'un traité dans le temps ne constituent guère un avantage ou un bénéfice pour l'investisseur. Donc, le Tribunal dans l'affaire *Tecmed* ne s'est pas prononcé contre la jurisprudence *Maffezini* ni contre l'extension de l'effet de la CNF aux questions procédurales, il a simplement refusé d'établir un parallèle entre les deux affaires. Il a expliqué sa position dans des termes on ne peut plus clair :

“The Arbitral Tribunal will not examine the provisions of such Treaty in detail in light of such principle, because it deems that matters relating to the application over time of the Agreement, which involve more the time dimension of application of its substantive provisions rather than matters of procedure or jurisdiction, due to their significance and importance, go to the core of matters that must be deemed to be specifically negotiated by the Contracting Parties. These are determining factors for their acceptance of the Agreement, as they are directly linked to the identification of the substantive protection regime applicable to the foreign investor and, particularly, to the general (national or international) legal context within which such regime operates, as well as to the access of the foreign investor to the substantive provisions of such regime. Their application cannot therefore be impaired by the principle contained in the most favored nation clause.”¹⁸⁷

¹⁸⁷ *Id.* par. 69

Ainsi, et en présence de termes aussi clairs, il est difficile de se joindre à ceux qui considèrent l'affaire *Tecmed* comme étant une opposition ouverte à la jurisprudence *Maffezini*, l'objet n'étant aucunement le même¹⁸⁸.

En réalité, c'est la jurisprudence *Salini* qui s'écarte réellement de la position du Tribunal dans l'affaire *Maffezini*, et s'oppose carrément à une telle extension de la CNF¹⁸⁹. Le demandeur italien voulait apporter le différend devant le CIRDI relativement à un paiement dû à deux compagnies italiennes de constructions sur une base purement « contractuelle ». Hors, le TBI autorisait la saisine du CIRDI uniquement en cas de violation de ses dispositions. Ainsi le demandeur pour écarter cette interdiction avait invoqué, par le jeu de la CNF, un traité conclu entre la Jordanie et les Etats-Unis qui autorisaient les parties de porter leurs différends contractuels devant le CIRDI¹⁹⁰. Donc il s'agit ici, tout comme dans l'affaire *Maffezini*, d'étendre l'effet de la CNF pour une question purement procédurale. De surcroit, la CNF était formulée pratiquement dans les mêmes termes que celle invoquée dans l'affaire *Maffezini* :

« Article 3, paragraphe 1. Both Contracting Parties, within the bounds of their own territory, shall grant investments effected by, and the income accruing to, investors of the Contracting Party no less favourable treatment than that accorded to investments effected by, and income accruing to, its own nationals or investors of Third States. »¹⁹¹

Le Tribunal, bien qu'il n'ait pas manqué de revenir sur les jurisprudences précédentes, a conclu en le rejet de la demande d'extension. Il a considéré que rien n'indique ouvertement dans le traité que les parties contractantes avaient entendu

¹⁸⁸ Voir par exemple S. PARKER, préc., note 170, 37. Il considère l'affaire *Tecmed* comme étant la première opposition à la jurisprudence *Maffezini*.

¹⁸⁹ *Salini Costruttori SpA & Italstrade SpA c. Maroc*, préc., note 72.

¹⁹⁰Id.

¹⁹¹ Article cité dans la décision *Salini Costruttori SpA & Italstrade SpA c. Maroc*, préc., note 72, par. 66

d'étendre l'effet de la clause de la nation la plus favorisée aux dispositions de règlement des différends. En outre, la formation arbitrale a exprimé ses préoccupations, dans des termes assez forts, quant à la position adoptée dans l'affaire *Maffezini* :

«The current Tribunal shares the concerns that have been expressed in numerous quarters with regard to the solution adopted in the *Maffezini* case. Its fear is that the precautions taken by authors of the award may in practice prove difficult to apply, thereby adding more uncertainties to the risk of "treaty shopping. »¹⁹²

Ainsi, la position adoptée est clairement aux antipodes de celle retenue dans l'affaire *Maffezini* dans le sens où le Tribunal exige, sans équivoque, que les parties aient ouvertement inclus le règlement des différends dans le champ d'application de la CNF pour qu'une telle extension puisse être opérée.

Il s'en est suivi d'autres jurisprudences dans ce sens, à l'instar de l'affaire *Palma c. Bulgarie* où le Tribunal a clairement tenté de défaire ce qui a été établi dans l'affaire *Maffezini*¹⁹³.

Quoi qu'en puisse dire à propos de la jurisprudence *Maffezini*, l'ouverture qu'elle a créée ne s'est pas faite sans tentatives de délimitation.

2.2. La mise en place de délimitation.

Conscients des risques qu'une telle position pourrait engendrer, les arbitres dans l'affaire *Maffezini* ont tenté, plus au moins, de tracer certaines frontières à l'extérieur desquelles la CNF ne pourra opérer¹⁹⁴.

¹⁹² *Salini Costruttori SpA & Italstrade SpA c. Maroc*, préc., note 72, par. 115.

¹⁹³ Pour plus de détails sur ces jurisprudences voir S. PARKER, préc., note 170, 39.

En effet, une telle extension de l'application de la CFN aurait pour effet d'écartier des dispositions cruciales du TBI. Pour cette raison les arbitres ont voulu mettre en place un filtre pour que les éléments d'« ordre public », qui sont d'importance fondamentale pour les parties, ne puissent pas être détournés.

Nous l'avons mentionné précédemment, les arbitres ont insisté sur le fait que les dispositions relatives au règlement des différends, palliées par le jeu de la CNF, ne doivent pas constituer une condition fondamentale sur laquelle se base le consentement au traité¹⁹⁵.

Pour pouvoir dire ce qui constitue, ou pas, une condition fondamentale le Tribunal propose de se livrer à un examen minutieux de l'ensemble de la pratique étatique des parties en matière de traités relatifs aux investissements, que ça soit en terme de négociations ou de traités signés :

« ... relying on the more favorable arrangements contained in the Chile-Spain BIT and the legal policy adopted by Spain with regard to the treatment of its own investors abroad, the Tribunal concludes that Claimant had the right to submit the instant dispute to arbitration without first accessing the Spanish courts. In the Tribunal's view, the requirement for the prior resort to domestic courts spelled out in the Argentine-Spain BIT does not reflect a fundamental question of public policy considered in the context of the treaty, the negotiations relating to it, the other legal arrangements or the subsequent practice of the parties. »¹⁹⁶

¹⁹⁴ *Salini Costruttori SpA & Italstrade SpA c. Maroc*, préc, note 72, par. 62 : "Notwithstanding the fact that the application of the most favored nation clause to dispute settlement arrangements in the context of investment treaties might result in the harmonization and enlargement of the scope of such arrangements, there are some important limits that ought to be kept in mind. As a matter of principle, the beneficiary of the clause should not be able to override public policy considerations that the contracting parties might have envisaged as fundamental conditions for their acceptance of the agreement in question, particularly if the beneficiary is a private investor, as will often be the case. The scope of the clause might thus be narrower than it appears at first sight."

¹⁹⁵ Voir le paragraphe précédent sur l'extension de l'effet de la CNF.

¹⁹⁶ *Salini Costruttori SpA & Italstrade SpA c. Maroc*, préc, note 72. Para. 64.

Ainsi, le Tribunal a voulu établir l'idée que l'extension de la CNF ne devrait pas se faire dans toutes les situations, notamment lorsqu'elles constituent une violation d'un « ordre public » établi par le traité. Il s'est appliqué de donner quatre exemples concrets pour rendre cette idée plus accessible.

Le premier, lorsqu'il s'agit d'un traité où l'exigence de recourir aux tribunaux internes se présente comme une disposition qui conditionne le consentement de l'Etat à l'arbitrage. Le deuxième, en présence d'une clause « *Fork in the road* » qui impose un choix définitif entre le recours aux tribunaux internes et le recours au CIRDI. Dans cette situation il ne serait possible d'étendre l'effet de la CNF pour un traité qui offre un tel choix. Le troisième, lorsque le traité prévoit expressément le recours à une institution arbitrale en particulier, à l'instar du CIRDI, en cas de différend entre les parties. Dans cette hypothèse il serait interdit de recourir à une autre institution arbitrale en faisant jouer l'effet extensif de la CNF. Enfin, le quatrième, si les parties au traité ont choisi un système d'arbitrage institutionnalisé dont les procédures sont prédéterminées et bien précises, à l'instar du chapitre 11 de l'ALENA, en aucun il serait possible de contourner ce mécanisme en invoquant le CNF¹⁹⁷.

De la sorte, le Tribunal invite à faire la distinction entre :

« the legitimate extension of rights and benefits by means of the operation of the clause, on the one hand, and disruptive treaty-shopping that would play havoc with the policy objectives of underlying specific treaty provisions, on the other hand ». ¹⁹⁸

Certes, ce filtre d'ordre public a l'air très séduisant dans la mesure où il donne l'impression de fournir un outil objectif pour freiner une éventuelle extension, sans limite, de la CNF. Néanmoins, il faut admettre que distinguer entre les dispositions

¹⁹⁷ *Id.* par. 63

¹⁹⁸ *Id.* par. 63

qui peuvent être légitimement étendues au titre de la CNF et celles dont l'extension s'opposerait à l'ordre public, établi par la volonté contractuelle des parties, n'est guère une tâche aisée¹⁹⁹.

Par ailleurs, si le Tribunal considère que tous les moyens de règlement des différends sont inextricablement liés à la protection des investisseurs étrangers, il est alors logique d'offrir aux investisseurs toute sorte de protection qui pourrait être plausiblement interprétée sous l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités²⁰⁰. Celui-ci prévoit de revenir aux objectifs et buts du traité pour l'interprétation des dispositions. Ainsi, l'idée d'ordre public suggérée dans l'affaire *Maffezini* semble inutile si une analyse correcte est appliquée de l'article 31 de la Convention de Vienne²⁰¹. En allant chercher la solution ailleurs, le Tribunal a perdu de vue le but du traité et a placé, du coup, trop de limitation à l'application de la CNF. Si l'objectif principal des traités bilatéraux d'investissement est la protection des investisseurs, et les dispositions de règlement des différends sont inextricablement liées à cette protection, alors il va de soi que chaque ambiguïté devrait être interprétée à la lumière desdits objectifs et buts²⁰².

D'autres ne partagent pas ces critiques et voient en la jurisprudence *Maffezini* un apport important dans la mesure où, pour la première fois dans l'histoire de la CNF, on a posé des limites pareilles à son *invocabilité*²⁰³.

Poser des limites à l'utilisation d'une telle clause en se basant sur des considérations d'ordre public n'a pas réellement de fondements valables. Il s'agit donc d'une position courageuse qui vient répondre à une nécessité réelle pour éviter que l'extension de la CNF ne fasse des ravages.

¹⁹⁹ C. C. DAIGREMONT, préc., note 15, 511.

²⁰⁰ L'article 31 (1) de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 dispose: «Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. »

²⁰¹ S. PARKER, préc., note 170, 55.

²⁰² *Id.*

²⁰³ C. C. DAIGREMONT, préc., note 15, 512.

Historiquement, la CNF était conçue pour faire bénéficier les parties signataires de traités de commerces de tout avantage plus favorable, principalement les droits de douanes, accordé aux tiers. Avec le temps, elle a connu un développement important pour regagner plusieurs domaines, dont celui de l'investissement. Seulement, les rédacteurs de traités dans ce dernier domaine n'ont pas douté du potentiel que cette clause recèle ; d'où aujourd'hui le besoin pressant d'en poser des limites et trouver le juste milieu pour éviter toute extension abusive²⁰⁴.

A vrai dire, la jurisprudence *Maffezini* est d'un apport mitigé, et quoi qu'on puisse dire il faut admettre qu'elle a remis à l'ordre du jour une institution classique du procès arbitral. Elle a donné un renouveau à une clause qui, à travers le temps, a peut-être été un peu négligée, et dont les parties devraient désormais travailler davantage les termes²⁰⁵.

Reste en dernier lieu la question du filtre que cette jurisprudence essaye de mettre en place. Il est censé permettre aux arbitres de faire la part entre les dispositions qui peuvent être étendues par l'effet de la CNF et celle dont l'ordre public établi par le traité ne permet pas l'extension.

A ce titre, la distinction entre compétence et recevabilité pourrait apporter un éclaircissement non-négligeable. En effet, l'on remarque que dans les affaires où l'extension a été acceptée, telles que *Maffezini* et *Siemens*, la CNF a été invoquée relativement à des questions de recevabilité, soit le non-respect des délais ou le non-épuisement de recours internes. Toutefois, dans l'affaire *Salini*, où l'extension a été rejetée, la question était ouvertement liée à l'étendue de la compétence matérielle.

A cet égard, Daigremont suggère d'établir un parallèle entre la distinction compétence-recevabilité et la notion de « faveur » qui est au centre de l'application

²⁰⁴ *Id.*, 515.

²⁰⁵ Geoffroy LYONNET, « La clause de la nation la plus favorisée en droit des Investissements: bilan et perspectives : invitation à la prudence », *Rev. Générale Droit Int. Public Droit Gens Hist. Dipl. Droit Pénal Droit Fisc. Droit Adm.* 2015.19-45.

de la clause de la nation la plus favorisée. Cette notion est importante dans la mesure où seul un traitement plus favorable peut enclencher l'effet de la CNF. Dans ce sens, il est évident que les conditions de recevabilité d'une requête peuvent être plus avantageux d'un traité à un autre (délai de recours, nécessité d'épuiser les voies de recours internes etc.). Toutefois, il est difficilement concevable de soutenir la même chose pour la compétence et de l'envisager en termes d'avantages consentis²⁰⁶.

Somme toute, et en l'Etat actuel de la jurisprudence, on peut constater que la CNF n'est invocable qu'au titre de la recevabilité, aucun cas d'extension pour des questions de compétence n'a été encore affirmé.

²⁰⁶ C. C. DAIGREMONT, préc., note 125, 514.

Conclusion

En fin de compte, l'on constate qu'en raison des enjeux qu'elles présentent et des complexités qu'elles engendrent, les exceptions préliminaires occupent une place de choix dans le contentieux CIRDI. Un traitement très particulier semble leur être réservé, tant sur le plan procédural que substantiel.

Sur le plan procédural, les analyses précédentes démontrent que leur traitement est cerné par un régime juridique propre qui se distingue du fond de l'exception. Ce régime renferme un ensemble de règles qui trouvent leurs origines tantôt dans les textes, tantôt dans la jurisprudence.

Toutefois, force est de constater que ces règles sont loin d'être stables, leur application est souvent fonction des différentes logiques, principes et réalités pratiques qui transcendent le contentieux arbitral.

Ainsi, à titre d'exemple, l'on a vu à propos de la faculté de soulèvement *proprio motu* que du fait de l'importance du consentement donné, ou non, par les parties à l'exercice du pouvoir juridictionnel à leur égard, et des moyens dont ils disposent pour le restreindre, l'étendre, ou le circonscrire ; les arbitres éprouvent une grande réticence quant à la mise en œuvre de cette faculté.

Encore, le fait qu'un arbitre puisse redouter de perdre la confiance des éventuelles « clients » de ces prétoires, et ainsi disparaître ou tomber en désuétude à défaut d'être sollicité pour régler un différend, entraîne parfois une flexibilité incompréhensible dans la mise en œuvre de l'exigence de *préliminarité*.

Néanmoins, l'on aperçoit qu'il existe une caractéristique fondamentale de ce régime, et qui pénètre l'ensemble de ses règles, il s'agit de la « souplesse ». Cette dernière se manifeste notamment à travers l'observation très peu rigoureuse des exigences textuelles. Elle trouve, en réalité, sa justification dans le principe de la bonne administration de la justice, qui semble transcender la totalité du régime procédural.

Son observation est indiscutablement indispensable au bon fonctionnement d'une institution aussi importante que le CIRDI, car :

« Veiller à ce que la justice soit bien administrée est un impératif que connaissent et que s'imposent tous les ordres juridictionnels, qu'ils soient internes ou internationaux. Il ne saurait d'ailleurs en aller autrement puisque la notion n'a d'autre fonction que d'assurer aux parties que le juge, dans la recherche des solutions qu'il donnera au litige, suivra un certain nombre de critères directifs dans l'organisation et le fonctionnement de l'instance afin de veiller au bon déroulement »²⁰⁷.

Sur le plan substantiel, on relève que malgré certains rejets de la distinction compétence-recevabilité, les réalités pratiques du procès international, appuyées par des arguments théoriques consistants, plaident fortement en faveur de la dichotomie. Cette dernière, il faut l'admettre, n'est pas tout le temps facile à mettre en œuvre. Néanmoins, et malgré l'existence du « crépuscule », l'arbitre doit être en mesure de distinguer entre le jour et la nuit, compétence et recevabilité étant deux concepts théoriquement distincts. Il se doit de déployer un réel effort d'examen des instruments fondant sa compétence, et des éléments qui s'y inscrivent, afin d'éviter toute sorte de décision frustrante, comme c'était le cas dans l'affaire *Abaclat*. Autrement, il risque de voir ses « clients » se diriger vers d'autres prétoires internationaux où le degré de prévisibilité serait plus élevé, et les risques d'une extension injustifiée du consentement seraient moindres.

Cela est d'autant plus vrai que les enjeux sont parfois démesurément importants. En effet, qualifier les questions de compétence comme étant de recevabilité pourrait déboucher sur une extension injustifiée de la sphère du pouvoir du tribunal pour le

²⁰⁷ COLARD-FABREGOULE Catherine, MUXART Anne, PARAYRE Sonia, « Le procès équitable devant la Cour internationale de Justice », in RUIZ-FABRI Hélène (dir.), *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs. Travaux de l'atelier de droit international de l'UMR de droit comparé de Paris*, Société de législation comparée, Paris, 2003, 290 p., pp. 243-268, p. 251.

cas d'espèce, ce qui ne manquera pas d'irriter la partie défavorisée qui aura le sentiment que son consentement a été conduit au-delà de ses limites initiales.

Aussi, on a constaté à travers des affaires comme *Maffezini* et *Salini* que le champ de l'exception préliminaire subit parfois des élargissements excessifs, que ça soit au niveau de la compétence ou de la recevabilité. Cette extension fait planer le doute sur les frontières possibles de ce champ et risque, en l'absence de délimitation lucides, de porter atteinte à la prévisibilité devant le Tribunal et ainsi remettre en question sa crédibilité.

Les tentatives de délimitation opérées sont loin d'être satisfaisantes et restent timides face à l'extension massive que l'objet subit épisodiquement.

In fine, bien que de nombreuses règles aient été développées autour des exceptions préliminaires pour en former un régime répondant à leurs spécificités, et instaurant ainsi une certaine prévisibilité dans leur traitement, des efforts restent à déployer pour en éradiquer les contradictions apparentes et augmenter ainsi la confiance des prétendants aux prétoires CIRDI vis-à-vis des arbitres et, plus généralement, de l'institution arbitrale.

Bibliographie

1. DOCTRINE

A) LIVRES, MONOGRAPHIES ET THÈSES

ABI-SAAB, Georges, Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale: étude des notions fondamentales de procédure et des moyens de leur mise en oeuvre, Paris, Pedone, 1967.

BOS, Maarten, Les conditions du procès en droit international public, coll. Bibliotheca Visseriana dissertationum ius internationale illustrantium, n°19, Lugduni Batavorum, Brill, 1957.

CARLO SANTULLI, Droit du contentieux international, Paris, Montchrestien, 2005.

CARREAU, D., T. FLORY et P. JUILLARD, Droit international économique, 3e éd., Et augm, coll. Manuel, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1990.

DOLZER RUDOLF, Principles of international investment law, Second edition..., Oxford, United Kingdom, Oxford University Press, 2012.

DOMINIQUE CARREAU, PATRICK JUILLARD, Droit international économique, 4e éd., Paris, Dalloz, 2010.

GRANGE, M. Compétence du juge et recevabilité de la requête [Texte imprimé]: leurs relations dans l'exercice du pouvoir juridictionnel. L'exemple de la Cour internationale de justice, Thèse Paris II, 2011.

GRISEL, Étienne., Les exceptions d'incompétence et d'irrecevabilité dans la procédure de la Cour internationale de Justice, coll. Publications universitaires européennes. Section II, Sciences juridiques, n°8, Berne, Lang & Cie, 1968.

Hélène Ruiz Fabri, J.-M. Sorel, Centre d'études et de recherches de droit international. Paris et Unité mixte de recherche de droit comparé. Paris, La saisine

des juridictions internationales [Texte imprimé], coll. Collection contentieux international, Paris, Pedone, 2006.

JEAN-MARC SOREL et FLORENCE POIRAT, Les procédures incidentes devant la Cour internationale de justice : exercice ou abus de droits, Paris, Pedone, 2001.

KDHIR, Moncef, Dictionnaire juridique de la Cour internationale de justice, 2e éd. rev. et ., Bruxelles, Bruylant, 2000.

ROSENNE, Shabtai, The law and practice of the International Court, 1920-2005, 4th edition / with the assistance of Yael Ronen, II, Leiden, Nijhoff, 2006.

SALMON JEAN J. A, Dictionnaire de droit international public, Bruxelles, Bruylant, 2001.

SCHREUER, Christophe H., The ICSID Convention: a commentary : a commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, Cambridge etc., Cambridge University Press, 2001.

B) ARTICLES DE REVUES ET ÉTUDES DE RECUEILS

BEDJAOUI, M., « La jonction d'une exception au fond dans le procès international (nouvel État des lieux) », El Derecho Int. En Los Albores Siglo XXI Homen. Al Profr. Juan Man. Castro-Rial Canosa 2002.45-59.

CAVAGLIERI, A., « Règles générales du droit de la paix », (1929) 26 Recl. Cours Collect. Courses Hague Acad. Int. Law 311-585.

COMBACAU, J., « , « Conclusions », in S. F. D. I., Les compétences de l'Etat en droit international », Pedone 2006.

COSSIO, F. G. de, « The Compétence-Compétence Principle, Revisited », J. Int. Arbitr. 2007.231-248.

CRAWFORD, J. R. et A. PELLET, « "Anglo Saxon and Continental Approaches to Pleading before the ICJ": aspects des modes continentaux et anglo-saxons de plaidoiries devant la C. I. J. », Int. Law Universalism Fragn. Festschr. Honour Gerhard Hafner 2008.831-867.

DAIGREMONT, C. C., « L'extension jurisprudentielle de la compétence des tribunaux arbitraux du CIRDI », *Asp. Nouv. Droit Invest. Int.* KAHN Philippe WÄLDE Thomas W Dir 2007.1036.

DELAUME, G., « Le Centre International pour le règlement des différends relatifs aux Investissements: la pratique du CIRDI », *J. Droit Int.* 1982.775-843.

FITZMAURICE, G., « The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-1954 : Questions of jurisdiction, competence and procedure », *B. Y. B. I. L.* 1958.

FORTEAU, M., « La saisine des juridictions internationales à vocation universelle (CIJ et TIDM) », *Pedone* 2006.

GAILLARD, E., « Identity or Define?: Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice », *Int. Invest. Law 21st Century Essays Honour Christoph Schreuer* 2009.P. 403-416.

GRABOWSKI, A., « Definition of Investment under the ICSID Convention: A Defense of Salini, The », (2014) *15 Chic. J. Int. Law* 287.

HEISKANEN, V., « Jurisdiction v. competence: revisiting a frequently neglected distinction », *Finn. Yearb. Int. Law* 1994.1-33.

HORCHANI, F., « Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation », *J. Droit Int.* 2004.367-417.

JACOB, P. et F. LATTY, « Arbitrage transnational et droit international général (2011) », *Annu. Fr. Droit Int.* 2011.533-595.

LAIRD, I. A., « A Distinction without a Difference?: an Examination of the Concepts of Admissibility and Jurisdiction in Salini v. Jordan and Methanex v. USA », *Int. Invest. Law Arbitr. Lead. Cases ICSID NAFTA Bilater. Treaties Cust. Int. Law* 2005.201-222.

LUDOVIC, C.-T., « Exceptions Préliminaires Devant la Cij: Les Clairs-Obscurs d'Une Theorie, Les », (2007) *40 Rev. Belge Droit Int. Belg. Rev. Int. Law* 437.

LYONNET, G., « La clause de la nation la plus favorisée en droit des Investissements: bilan et perspectives : invitation à la prudence », *Rev. Générale Droit Int. Public Droit Gens Hist. Dipl. Droit Pénal Droit Fisc. Droit Adm.* 2015.19-45.

MANCIAUX, S., « The Notion of Investment: New Controversies », *J. World Invest. Trade* 2008.443-466.

PARKER, S., « A BIT at a Time: The Proper Extension of the MFN Clause to Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties », (2012) 2-1 *Arbitr. Brief*, en ligne : <<http://digitalcommons.wcl.american.edu/ab/vol2/iss1/4>>.

PASQUALUCCI, J. M., « Preliminary objections before the Inter-American Court of Human Rights: legitimate issues and illegitimate tactics », (1999) 40-1 *Va. J. Int. Law* 1–114.

PAULSSON, J., « Jurisdiction and Admissibility », *Glob. Reflect. Int. Law Commer. Dispute Resolut. Liber Amicorum Honour Robert Briner* 2005.601-617.

SALVIOLI, G., « Les rapports entre le jugement sur la compétence et celui sur le fond dans la jurisprudence internationale », (1929) 36 *Rev. Gen. Droit Int. Public* 108-115.

SCHREUER, C. H., « Belated Jurisdictional Objections in ICSID Arbitration », David Arias Miguel Ángel Fernández-Ballesteros Eds *Liber Amicorum Bernardo Cremades* 2010.Madrid : La Ley.1081-1097.

SHEPPARD, A., « The Jurisdictional Threshold of a Prima-facie Case », *Oxf. Handb. Int. Invest. Law* 2008.P. 932-961.

TORRES BERNARDEZ, S., « La modification des articles du règlement de la Cour internationale de Justice relatifs aux exceptions préliminaires et aux demandes reconventionnelles », (2003) 49-1 *Annu. Fr. Droit Int.* 207–247.

WEIL, P., « Compétence et saisine: un nouvel aspect du principe de la juridiction consensuelle », *Theory Int. Law Threshold 21st Century Essays Honour Krzysztof Skubiszewski* 1996.833-848.

WITENBERG, J. C., « La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales », (1932) 41 *Recl. Cours Collect. Courses Hague Acad. Int. Law P.* 1-136.

ZEILER, G., « Jurisdiction, Competence and Admissibility of Claims in ICSID Arbitration Proceedings », *Int. Invest. Law 21st Century Essays Honour Christoph Schreuer* 2009.76-91.

2. JURISPRUDENCE

La Cour

Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie, ordonnance du 5 décembre 1939, CPJI série A/B n° 79.

Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt du 30 août 1924, C. P. J. I. série A n°2.

Or monétaire pris à Rome en 1943 (question préliminaire) (Italie c. France, Royaume-Uni et Etats-Unis d'Amérique), r. g. n°19, arrêt du 15 juin 1954, *Recueil C. I. J.* 1954.

Droits des minorités en Haute-Silésie Allemagne c. Pologne, Rec. CPJI Série A, n°15.

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne), exceptions préliminaires, arrêt du 24 juillet 1964, C.I.J. Rec. 1964.

Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria, (Cameroun c. Nigeria ; Guinée Equatoriale (intervenant)), arrêt, C.I.J. Recueil 2002.

Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), r. g. n°91, Exceptions préliminaires, arrêt du 11 juillet 1996, *Recueil C. I. J.* 1996.

Interhandel, Suisse c. Etats-Unis d'Amérique, r. g. n°34, Exceptions préliminaires, Arrêt du 21 mars 1959, *Recueil C. I.J.* 1959.

Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran), exception préliminaire, 22 juillet 1952, *CIJ Recueil* 1952.

Droits des ressortissants des Etats-Unis au Maroc (France c. Etats-Unis), fond, 27 août 1952.

Le CIRDI

Bernardus Henricus Funnekotter and others c. Republic of Zimbabwe, affaire CIRDI no ARB/05/6, Sentence du 22 avril 2009.

Salini Costruttori SpA & Italstrade SpA c. Maroc, affaire CIRDI no ARB/00/4, Décision sur la compétence du 23 juillet 2001.

Kaiser Bauxite Co. c. Jamaïque, affaire CIRDI no ARB/74/3, Sentence du 6 juillet 1975.

Liberian Eastern Timber Company (Lecto) c. Libéria, affaire CIRDI no ARB/83/2, Sentence du 31 mars 1986.

CDC Groupe plc c. République des Seychelles, affaire CIRDI no ARB/02/14, Sentence du 17 décembre 2003.

Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. Islamic Republic of Pakistan, affaire CIRDI no ARB/03/29, Décision sur la compétence du 14 novembre 2005.

Desert Line c. Yemen, affaire CIRDI no ARB/05/17, Sentence du 6 février 2008.

Helnan International Hotel A/S c. Egypte, affaire CIRDI no ARB/05/19, Décision sur la compétence, du 17 octobre 2006.

Waguïh Elie George Siag and Clorinda Vecchi c. Egypte, affaire CIRDI no ARB/05/15, décision sur la compétence du 11 avril 2007.

AIG c. La République du Kazakhstan, affaire CIRDI no ARB/01/6, Sentence du 7 octobre 2003.

Autopista Concesionada de Venezuela, CA. C. Venezuela, affaire CIRDI no ARB/00/5, Décision sur la compétence du 27 septembre 2001.

Tza Yap Shum c. République du Pérou, affaire CIRDI no ARB/07/6, Décision sur la compétence et la recevabilité du 19 juin 2009.

Société Ouest Africaine des Bétons Industriels c. Sénégal, affaire CIRDI no ARB/82/1, Décision sur la compétence du 1^{er} août 1984.

Abaclat et al. (anciennement Giovanna a Beccara et al.) c. Argentine, affaire CIRDI no ARB/07/5, décision sur la compétence et la recevabilité du 4 août 2011

Consorzio L.E.S.I.-DIPENTA c. Algérie, affaire CIRDI no ARB/03/8, Sentence d'incompétence du 10 janvier 2005, para. 40.

Hochtief AG c. Argentine, affaire CIRDI no ARB/07/31, Décision sur la compétence et la recevabilité du 24 octobre 2011.

Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS c. République Islamique du Pakistan, affaire CIRDI no ARB/03/29, Décision sur la compétence du 14 novembre 2005.

SA c. République d'Argentine, affaire CIRDI no ARB/04/1, Décision sur la compétence du 25 août 2006.

Fedax N.V. c. Venezuela, affaire CIRDI no ARB/96/3, Décision sur la compétence du 11 juillet 1997.

Joy Mining Machinery Limited c. la République Arabe d'Égypte, affaire CIRDI, no ARB/O3/II, Sentence sur la compétence du 6 août 2004.

Victor Pey Casado et fondation « President Allende » c. Chili, affaire CIRDI no ARB/98/2, Sentence du 8 mai 2008.

Saba Fakes c. République de Turquie, affaire CIRDI no ARB/07/20, Sentence .du 14 juillet 2010.

Phonex c. République Tchèque, affaire CIRDI no ARB/06/5, Sentence du 15 avril 2009.

Malaysian Historical Salvors Sdn Bhd c. Malaisie, Decision d'annuellement, affaire CIRDI no ARB/05/10, Sentence rendu le 28 février 2009.

Siemens AG c. République argentine, affaire CIRDI no ARB/02/8, décision sur la compétence, 3 août 2004.

Técnicas Medioambientales Tecmed, SA c. Mexique, affaire CIRDI no ARB(AF)/00/2), Sentence du 29 mai 2003.

*Opinion dissidente de George Abi Saab dans l'affaire *Abaclat et al. (anciennement Giovanna a Beccara et al.) c. Argentine, affaire CIRDI no ArB/07/5, décision sur la compétence et la recevabilité du 4 août 2011. Para.17.**

Emilio Agustin Maffezini c. Espagne, affaire CIRDI n° ARB/97/7, décision sur la compétence du 25 janvier 2000.

