

**FERHAT HORCHANI, LE CIRDI 45 ANS APRÈS. BILAN D'UN
SYSTEME. ACTES DU COLLOQUE ORGANISÉ À TUNIS LES
11, 12 ET 13 MARS 2010, PARIS, PEDONE, 2010**

*Johannie Dallaire**
*Léa Lemay Langlois***
*Vanessa Tanguay****

Les cinquante dernières années ont vu s'accroître la mondialisation des échanges commerciaux, la complexification des rapports économiques et la diversification des acteurs internationaux. Le droit de l'investissement n'est pas resté étranger à ces changements. Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (communément nommé CIRDI), principal mécanisme de règlement des litiges dans ce domaine, créé il y a plus de 45 ans, a dû s'adapter à ce contexte en évolution. C'est pour rendre compte de ces adaptations que le professeur Ferhat Horchani, en collaboration avec la Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, a organisé le colloque « Le CIRDI, 45 ans après »¹, dont les actes ont été publiés chez Pedone. Horchani, également juge à la Cour arabe des investissements et expert en droit économique, avait déjà organisé en 2006 un premier colloque en matière de droit de l'investissement étranger : « Où va le droit des investissements »². Alors que ce premier colloque explorait les concepts généraux du droit de l'investissement et ses mécanismes de règlement des différends, le second se concentre exclusivement sur le système CIRDI et ses particularités.

L'objectif d'un colloque sur le CIRDI était de : « faire le bilan d'un système, 45 ans après sa création et de voir s'il a été capable de bien gérer la multiplication exponentielle des litiges dans une perspective de bonne gouvernance et d'une gestion efficace des litiges en matière d'investissements privés étrangers »³. Pour alimenter la réflexion, le professeur Horchani a réuni de nombreux experts, dont les éminents Dany Khayat, Emmanuelle Cabrol et Walid Ben Hamida.

Le rapport introductif du colloque est porteur d'espoir, laissant présager une analyse approfondie des sujets au cœur des débats doctrinaux et jurisprudentiels des dernières décennies au sein du CIRDI. Malheureusement, les dix-neuf sujets abordés contribuent de façon mitigée à l'objectif visé. En effet, certaines présentations ne

* LL.B. (2012) - Université du Québec à Montréal. Étudiante à l'École du Barreau du Québec.

** Étudiante au Baccalauréat en relations internationales et droit international - Université du Québec à Montréal.

*** B.A. en relations internationales et droit international (2010) - Université du Québec à Montréal. LL.B. (2012) - Université du Québec à Montréal. Étudiante à l'École du Barreau du Québec.

¹ Ferhat Horchani, dir, *Le CIRDI 45 ans après. Bilan d'un système. Actes du colloque organisé à Tunis les 11, 12 et 13 mars 2010*, Paris, Pedone, 2010, [Horchani, *Le CIRDI 45 ans après*].

² Ferhat Horchani, dir, *Où va le droit de l'investissement? Désordre normatif et recherche d'équilibre. Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006*, Paris, Pedone, 2006.

³ Horchani, *Le CIRDI 45 ans après*, *supra* note 1 à la p 22.

s'inscrivent pas dans l'optique d'un bilan : les thèmes sont présentés de façon essentiellement descriptive et ne permettent pas de constater l'efficacité réelle du système. À titre d'exemple, une section est réservée aux frais et dépens dans le cadre d'une procédure CIRDI, alors que ce thème ne soulève aucune véritable controverse. Nassib G. Ziade, secrétaire général adjoint du Centre, ne fait que présenter les coûts reliés à une telle procédure, sans tirer de conclusion quant à leur impact sur l'efficacité du système. D'un autre côté, le thème sur l'annulation des sentences, sujet d'actualité considérant les discussions récentes entourant la création d'un organe d'appel⁴, représente un enjeu crucial pour le fonctionnement du système et la cohérence de sa jurisprudence. Or, l'auteur se contente de décrire la procédure d'annulation sans saisir l'opportunité de faire avancer le débat, donnant l'impression d'un rendez-vous manqué. Finalement, les chapitres sur la dénonciation de la convention CIRDI, les mesures conservatoires et l'indépendance des arbitres susciteront la même déception chez le lecteur.

À l'opposé, d'autres présentations contribuent à l'objectif de manière plus significative et permettent de dresser un véritable bilan. C'est le cas notamment des chapitres concernant le Secrétaire général et les techniques anti-abus, le droit applicable, l'*amicus curiae* et la transparence ainsi que le projet de réforme du CIRDI. Par ailleurs, trois thèmes susciteront particulièrement l'intérêt du lecteur, soit les notions d'investissement, de nationalité et de consentement, les différents modes de règlement des litiges et l'exécution des sentences.

Les quatre premiers chapitres abordent la notion d'investissement, la nationalité des investisseurs et la clause de la nation la plus favorisée. Ces thèmes relatifs à la compétence du CIRDI font partie des sujets les plus débattus au sein de la doctrine⁵ et de la jurisprudence⁶, et quarante cinq ans de sentences n'ont toujours pas permis de trancher les débats. Les auteurs nous proposent une vue d'ensemble claire et bien étayée des problématiques soulevées par ces notions et des différentes approches retenues.

Premièrement, Dany Khayat explicite les diverses définitions utilisées pour qualifier l'investissement. Deuxièmement, les critères de détermination de la nationalité des personnes physiques et morales sont présentés par Emmanuelle Cabrol

⁴ OCDE, Direction des affaires financières et des entreprises, *Améliorer le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États : vue d'ensemble*, Documents de travail sur l'investissement international, n° de doc 2006/1 (2006) aux pp 9-16.

⁵ Horchani, *Le CIRDI 45 ans après*, supra note 1 à la p 41. Walid Ben Hamida, « La notion d'investissement : une notion maudite du CIRDI, la notion d'investisseur : les défis de l'accès des personnes physiques » (2007) 4 Cahiers de l'arbitrage 31 ; Walid Ben Hamida, « la notion d'investissement : le chaos s'amplifie devant le CIRDI » (2009) 4 Cahiers de l'arbitrage 40 ; Charles Leben, « Arbitrage (CIRDI) », Encyclopédie juridique Dalloz : Répertoire de droit international au para 66.

⁶ Voir notamment *Fedax N.V. c Venezuela* (décision sur la compétence) (1997) CIRDI/ARB/96/3, (1998) ILM 1378 ; *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. c Maroc* (2001) CIRDI/ARB/00/4, (2002) 129 JDI 196 ; *Patrick Mitchell c République démocratique du Congo* (décision d'annulation) (2004) CIRDI/ARB/99/7, (2005) 20 ICSID Rev – FILJ 601 ; *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c Malaisie* (annulation) (2009), CIRDI/ARB/05/10, en ligne : ICSID <<http://icsid.worldbank.org>>; *Phoenix Action Ltd c République tchèque* (2009), CIRDI/ARB/06/5, en ligne : ICSID <<http://icsid.worldbank.org>>.

et Rym Ben Khelifa. Finalement, l'évolution de la clause de la nation la plus favorisée au sein des traités bilatéraux d'investissement est développée par Labidi et Sarsar. Sans proposer de solution, les auteurs abordent la question fondamentale de la relation entre, d'une part, la volonté des États dans l'utilisation de définitions subjectives de l'investissement, de la nationalité et du consentement et, d'autre part, les définitions objectives découlant du système lui-même. Les auteurs rappellent que cette question est essentielle puisque la compétence des tribunaux CIRDI dépend souvent de la priorité qui sera accordée à l'une ou à l'autre. Une solution à cette question permettrait, en plus d'assurer une meilleure prévisibilité des sentences, de cerner le réel bénéficiaire du système CIRDI, l'investisseur ou l'État.

Par ailleurs, les chapitres touchant le CIRDI en tant que mécanisme de règlement des différends par rapport aux autres mécanismes existants permettent de situer le premier dans un cadre plus large et d'énoncer ses particularités. Ainsi, Barton Legum démontre, dans le chapitre sur la concurrence entre arbitrage CIRDI et recours internes, que certains différends peuvent être portés à la fois devant ces deux juridictions, sans porter atteinte au système CIRDI étant donné sa fonction distincte de neutralité et d'expertise⁷. Pour sa part, Jalal El-Ahdab souligne la croissance du recours à l'arbitrage d'investissement au sein d'autres institutions traditionnellement plus familières avec l'arbitrage commercial⁸. Il en ressort que le CIRDI se distingue de celles-ci notamment parce qu'il n'est rattaché à aucun droit national et grâce au souci de transparence qui y règne.

Le chapitre sur l'exécution des sentences CIRDI présenté par Lotfi Chedly, probablement le plus pertinent de tout l'ouvrage, soulève des points intéressants quant à l'efficacité réelle des sentences. En premier lieu, l'auteur souligne le brio avec lequel le CIRDI a réussi à assurer l'exécution de ses sentences au fil des décennies. Ceci est dû, selon lui, à deux éléments principaux : l'intégration ingénieuse à l'article 54 de la *Convention de Washington*⁹ de l'obligation pour tous les États membres de reconnaître toute sentence rendue par le CIRDI et le respect de la souveraineté étatique dans le cadre de l'exécution des décisions, notamment de l'immunité d'exécution des États. En second lieu, il insiste sur la relative instabilité qui subsiste entre le souci d'efficacité des sentences et le respect de la souveraineté étatique. Il prévoit d'ailleurs que ceci deviendra l'un des prochains défis du CIRDI, comme le laissent entrevoir les cas relatifs à l'Argentine¹⁰. Condamnée à verser plusieurs

⁷ À titre d'exemple, dans l'affaire *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c Pakistan*, le tribunal CIRDI a accepté sa compétence alors que les parties avaient soumis les mêmes faits à un arbitrage interne tel que prévu par le contrat d'investissement, précisant que les fondements de l'action n'étaient pas identiques. *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c Pakistan* (décision sur la compétence) (2003) CIRDI/ARB/01/13 aux para 15, 158 et 182, en ligne : ICSID <<http://icsid.worldbank.org>>; Horchani, *Le CIRDI 45 ans après*, *supra* note 1 aux pp 168 et 170.

⁸ La Chambre de commerce de Stockholm, la Chambre de commerce internationale, le Centre d'arbitrage du Caire et la Cour permanente d'arbitrage. Horchani, *Le CIRDI 45 ans après*, *supra* note 1 à la p 191.

⁹ *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, 18 mars 1965, 575 RTNU 161 (entrée en vigueur : 14 octobre 1966).

¹⁰ Lotfi Chedly, « L'exécution des sentences CIRDI » dans Horchani, *Le CIRDI 45 ans après*, *supra* note 1 à la p 375.

centaines de millions de dollars suite à de nombreuses décisions CIRDI¹¹, il est très peu probable que l'Argentine accepte de s'y conformer.

Sur le plan de la forme, nombreuses sont les critiques pouvant être formulées à l'égard de cet ouvrage. En effet, le lecteur s'apercevra rapidement que la mise en page est bâclée, contrairement à ce à quoi nous avait habitué l'éditeur Pedone. La lecture et la compréhension des arguments n'en sont que plus ardues. Chacun des actes répond à ses propres règles de présentation, ce qui laisse croire qu'il n'y a tout simplement pas eu de travail d'édition : police d'écriture variant d'un chapitre à l'autre, actes parfois présentés sous forme de textes, parfois simplement sous forme de notes ou de graphiques, nombreuses erreurs grammaticales. Outre ces lacunes de « forme », s'ajoutent d'autres critiques quant au contenu de l'œuvre. En effet, l'incohérence entre les chapitres, qui passent de l'un à l'autre sans lien apparent, rend la lecture des actes du colloque laborieuse. En outre, certains thèmes abordés, parce que similaires, occasionnent des répétitions inutiles et multiples qui alourdissent la lecture.

Néanmoins, force est de constater que l'ouvrage soulève des questions pertinentes et propose une réflexion intéressante, notamment sur l'absence de prévisibilité du système CIRDI. Celui-ci a été créé de manière à ce qu'il n'y ait pas de prévisibilité : les arbitres désignés, d'une affaire à l'autre, peuvent aisément diverger d'interprétation, la jurisprudence n'est pas contraignante et le droit applicable dépend de la volonté des parties. Ces actes de colloque permettront certainement au lecteur de se questionner quant au bien-fondé d'une telle imprévisibilité.

En définitive, cet ouvrage ne parvient pas à atteindre son objectif principal, soit de dresser un bilan sur l'efficacité d'un système 45 ans après sa création, et frustre certainement les attentes du lecteur. Reste que ce livre demeure une bonne introduction pour quelqu'un souhaitant s'initier au système CIRDI et à toutes ses particularités, bien qu'il ne puisse susciter l'intérêt de personnes plus aguerries en matière de droit de l'investissement.

¹¹ Voir par exemple *CMS Gas Transmission Company c Argentine* (2005) CIRDI/ARB/01/8, en ligne : ICSID <<http://icsid.worldbank.org>>; *CMS Gas Transmission Company c Argentine (décision d'annulation)* (2007) CIRDI/ARB/01/8, (2007) 46 : 6 ILM 1136; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. c Argentine (décision sur la responsabilité)* (2006) CIRDI/ARB/02/1, en ligne : ITA <<http://italaw.com/>>.