

L'incohérence de la jurisprudence arbitrale CIRDI dans les décisions rendues sur la compétence

Ait-Ali Zaïna

Enseignante à la faculté De droit et science politique
Université Blida 2

Résumé

L'activité juridictionnelle du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, a connu une croissance fulgurante ces dernières années, ce qui lui a permis de résoudre de multiples différends entre Etats et ressortissants d'autres Etats, mais sans pour autant adopter les mêmes solutions au même problème, ce qui a engendré une incohérence dans les décisions rendues sur la compétence ; surtout en ce qui concerne la définition de la notion d'investissement et la notion d'investisseur.

ملخص

عرف الاجتهاد القضائي للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في الآونة الأخيرة حيوية متزايدة، سمحت له بتسوية العديد من المنازعات الناشئة بين الدول ومواطني الدول الأخرى، غير ان القرارات التي توصلت اليها مختلف هيئات التحكيم المتعلقة بمسألة اختصاص المركز جاءت في الاغلب متباينة وغير متناسقة رغم أنها ناتجة عن نفس المشكل القانوني، خاصة فيما يتعلق بتفسير مفهوم الاستثمار ومفهوم المستثمرين.

Introduction

Bien que le centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) soit institué par la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats le 18 mars 1965 et qui est entrée en vigueur le 14 octobre 1966, le centre n'a connu sa véritable activité que dans les années 1990 avec l'émergence de l'arbitrage unilatérale (Walid Ben Hamida, Thèse, 2003-Jan Paulsson, 1995, p 232 ss.) contenu ou les législations nationales dans les traites bilatéraux d'investissements (TBI). Ce qui a permis au centre de devenir le mécanisme incontournable dans le règlement des différends relatifs aux investissements.

Ainsi vu le nombre d'affaires soumises aux tribunaux du centre, des auteurs se sont demandés si ces sentences peuvent former une

jurisprudence. Et à cette question certain ont répondu par l'affirmation quant à d'autres par la négation (Christian Larroumet, 2006, p5).

Cette divergence d'opinion résulte surtout de l'ambiguïté qui entoure la notion même de jurisprudence, car elle a deux sens. Un sens formel qui désigne l'ensemble des décisions ou des sentences rendues par l'organe habilité en droit, et un sens matériel qui désigne la substance des décisions et des sentences rendues (Mounir Senoussi, 2006, p 259). De par cette définition la jurisprudence représente une cohérence et une continuité qui contribue à créer un corps ou un bloc unifié (Emmanuelle Jouannet, 2003, p 253).

Or pour le CIRDI, il existe une jurisprudence seulement dans le sens formel, vu le nombre important de sentence rendues par ce centre. Mais au sens matériel, il y a controverse à ce sujet contenu d'une part de l'absence de cohérence entre les décisions et sentences rendues, et d'autre part du fait de la composition diversifiée des tribunaux ainsi que de la spécificité de chaque litige porte devant le centre (Mounir Senoussi, *op.cit.*, p 260.).

Cela n'empêche pas certains auteurs d'affirmer la nature juridictionnelle du centre (Barton Legum, 2006, p 283.), du fait de la convergence dans les solutions adoptées dans certaines de ses sentences sur des questions similaires et de parler ainsi de jurisprudence.

Mais d'un autre coté cette jurisprudence du centre brille par son manque de concordance (Emmanuelle Jouannet , *op.cit.*, p 253) dans les interprétations et les solutions apportées à des questions juridiques similaires, voir à donner des solutions contradictoires pour des problèmes identiques, ce qui nous amène à nous poser la question de savoir: **quels sont les incohérences de la jurisprudence du CIRDI dans ses décisions rendues sur la compétence ?**

Nous nous proposons de répondre à cette problématique, à travers l'examen de la jurisprudence arbitral du CIRDI, qui révèle l'existence d'une incohérence dans l'interprétation des exigences de l'article 25 de la convention de Washington surtout concernant la notion d'investissement et la notion d'investisseur.

Section1: la notion d'investissement critère de compétence controversée

A la lecture de la convention de Washington, et de l'appellation du centre il ressort que l'investissement est la pierre angulaire du

centre. Toute fois l'article 25(1) de la convention de Washington ne comporte aucune définition de ce qui peut être un investissement, ce qui fait naître une divergence (Walid Ben Hamida, n°4,2009, pp.40-47) entre les décisions et sentences rendues par les tribunaux du centre (Farouk Yala, 2006, p282.), en effet certains arbitres adoptent le courant subjectiviste dans leurs interprétations et privilégient la volonté des parties pour qualifier une opération d'investissement ,par contre d'autres adoptent le courant objectiviste est exigent quatre éléments pour qualifier l'opération d'investissement (paragraphe1) ; alors que dans le même courant d'autres excluent l'exigence du critère de développement économique (paragraphe 2)

Paragraphe1: Hésitation jurisprudentielle

Les tribunaux CIRDI n'ont été sollicités à se prononcer sur la nature de l'opération d'investissement qu'avec l'affaire Fedax (CIRDI, Fedax NV c. Venezuela (ARB/96/3), décision sur la compétence du 11 juillet 1997), mais avant ça les arbitres vérifiaient d'eux même qu'il s'agissait bien d'un investissement au sens de la convention de Washington, et admettent à chaque fois leurs compétences.

Mais avec l'affaire Fedax les arbitres ont pour la première fois été appelés à se prononcer sur la définition du terme investissement, ce qui engendra une hésitation jurisprudentielle entre deux courants, l'un subjective faisant la part belle à la volonté des parties, l'autre objective s'appuyant sur des critères afin de qualifier l'opération d'investissement.

Cette hésitation se voit à travers plusieurs affaires parmi lesquelles:

A- L'affaire AMT c Zaïre: le règne de la théorie subjective

Dans cette présente affaire(CIRDI, AMT c. Zaïre (ARB/93/1), sentence du 21 février 1997) suite à la destruction causée par les éléments des forces armées Zaïroises des biens et installations de la filiale de la sociétéAMT, cette dernière a déposer une requête introductive d'instance d'arbitrage auprès du CIRDI , l'état du zaïre conteste la compétence du centre au motif qu'il n'y avait pas d'investissement de la part de la société AMT , les arbitres pour leur part se sont appuyés sur l'article 1 du TBI conclu entre le Zaïre et les Etats-Unis pour qualifier d'investissement la propriété ou le contrôle d'une partie des actions d'une société de droit local. Et ont conclu de

par la volonté des parties exprimées dans le TBI à l'existence de l'investissement mais sans prendre la peine de le définir (Emmanuel Gaillard, jurisprudence du CIRDI, vol I, 2004, p425 ss).

Le même raisonnement se retrouve dans d'autres affaires (CIRDI, *Holiday Inns v. Morocco* (ARB/72/1), décision sur la compétence, 12 mai 1974, CIRDI, *Amco Asia contre Indonésie* (ARB/81/1), décision du Comité ad hoc du 16 mai 1986, CIRDI, *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited (SPP) contre Egypte* (ARB/84/3), sentence du 20 mai 1992) tel que l'affaire *Goetz contre Burundi* (CIRDI, *A. Goetz c. Burundi* (ARB/95/3), sentence du 10 février 1999) ou les arbitres se sont appuyés sur l'article 8/6 du TBI conclu entre la Belgique et le Burundi pour affirmer que les actions appartenant au défendeur (Goetz) dans une société de droit local étaient un investissement.

Dans l'affaire *Middle East Cement contre l'Egypte* (CIRDI, *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. contre Egypte* (ARB/99/6), décision du 12 avril 2002), le tribunal arbitral a suivi la même logique, et conclu que le droit des défendeurs comme locataires des navires est un investissement.

Mais cette position a connu un revirement, avec l'adoption des arbitres de critères objectifs dans la définition de l'investissement.

B-l' affaire Salini c Royaume du Maroc: l'arrivée de la théorie objective

Dans cette présente affaire (CIRDI, *Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. contre Maroc* (ARB/00/4), décision sur la compétence du 16 juillet 2001) l'état du Maroc défendait que le contrat de construction d'une autoroute reliant Fès à Rabat conclu avec des sociétés italiennes ne constituait pas un investissement au sens du TBI Italo-marocain, ainsi qu'au sens de l'article 25 (1) de la convention de Washington.

Mais le tribunal arbitral rejeta l'exception d'incompétence soulevée par l'état du Maroc considérant au contraire que le contrat de construction était bel et bien un investissement au sens du TBI, que de la convention de Washington (Farouk Yala, *op.cit.*, p284, §13.). Et d'affirmer que l'investissement est considéré comme tel s'il répond aux quatre critères que sont « un apport, une durée, un élément à risque et une contribution significative au développement économique de l'état hôte ». Ces critères connaîtront une certaine notoriété sous le nom de « Salini test » (Arnaud de Nanteuil, 2014, p168). Et seront repris lors

de l'affaire Consortium RFCC Kingdom contre le royaume du Maroc (CIRDI, Consortium RFCC contre Maroc (ARB/00/6), décision sur la compétence du 16 juillet 2001).

Mais bien que cette théorie fût suivie par certains tribunaux arbitraux, elle fut remise en cause ultérieurement par d'autres en faveur de la théorie subjective.

C-SGS c Pakistan et SGS c Philippines: Le retour à la théorie subjective

C'est deux affaires (CIRDI, SGS contre Pakistan (ARB/01/13), décision sur la compétence, 6 août 2003 ; CIRDI, SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Philippines (ARB/02/6), décision sur la compétence, 29 janvier 2004) présentent des faits semblables, ainsi le CIRDI fut saisi par la société SGS contre le Pakistan et les philippines du fait de non paiement comme convenu dans le contrat des factures émises par elle afin d'inspecter et d'évaluer les marchandises destinées à l'importation dans ces deux pays.

Bien que les deux états se défendent de l'incompétence du centre, en argumentant que la SGS n'avait pas réalisé d'investissement sur leur territoire. Les arbitres ont rejeté cette exception, et admis qu'au contraire la société SGS avait bien réalisé un investissement selon les termes du TBI (Farouk Yala, *op.cit.*, p292.).

Avec c'est deux affaires le retour vers la théorie subjective semble acquise, pourtant cette théorie sera de nouveau mise à l'écart par le retour aux critères objectives.

D- Joy Mining c Egypte: la théorie objective de nouveau

Dans cette présente affaire (CIRDI, Joy Mining Machinery Limited contre Egypte (ARB/03/11), sentence du 6 août 2004.), bien que les parties se sont mises d'accord sur ladite opération qui devrait être qualifié d'investissement. Les arbitres ont rejeté leur compétence au motif que la condition d'un différend relatif à un investissement n'a pas été remplie au sens de l'article 25 (1) de la convention de Washington, et d'expliquer que « le fait que la convention n'ait pas défini la notion d'investissement ne signifie pas que tout ce que les parties auront été d'accord pour qualifier d'investissement entrera dans la notion d'investissement au sens de la convention (...) ; les parties à un litige ne peuvent pas, au moyen d'un contrat ou d'un traité, qualifier d'investissement aux fins de la compétence du centre, quelque chose qui ne satisfait pas aux conditions objectives de l'article

25 de la convention. Si tel n'était pas le cas, l'article 25 et la condition d'investissement qu'il pose, même si celui-ci n'est pas définie précisément, perdrait toute signification »(Emmanuel Gaillard, JDI, n°1, 2005, p167.).

Dans cette dernière affaire les arbitres renoncent clairement à la théorie subjective et reviennent de nouveau vers la théorie objective, ce qui démontre le désaccord qui règne au sein de la jurisprudence du CIRDI, qui n'a pas fini de se balancer entre les deux théories sans jamais se décider. Et cette incohérence se confirme au sein même de la théorie subjective.

Paragraphe2: -Divergence au sein de la théorie subjective

Une partie de la jurisprudence semble s'accorder pour définir l'investissement (Christoph H.Schreuer, 2001, p140.) basée sur quatre critères, mais en réalité cette accord ne se confirme pas lors des interprétations données par les arbitres lors des différentes affaires soumises au centre, surtout en ce qui concerne le critère de développement économique, car pour un certain nombre d'entre eux il s'agit d'un critère indispensable à la définition de l'investissement (A) alors que pour d'autres il s'agit tout simple d'un critère non obligatoire (B).

A-Critère de développement économique critère abandonné

L'abandon du critère de développement économique dans la jurisprudence du CIRDI est apparu avec l'affaire opposant le Consortium Lesi-Dipenta a la République Algérienne (CIRDI, Consorzio Lesi-Dipenta contre Algérie (ARB/03/8), sentence d'incompétence rendue le 10 janvier 2005), ainsi suite à la résiliation d'un marché de construction d'un barrage dans la wilaya de Bouira (Algérie) ,le consortium saisi le CIRDI d'une demande d'arbitrage à l'encontre de l'Algérie sur le fondement du TBI conclu entre l'Italie et l'Algérie, cette dernière souleva l'incompétence du centre et réfuta que le marché de construction soit un investissement , mais le tribunal argumenta qu'un contrat pouvait constituer un investissement selon la convention de Washington à condition qu'il « remplisse les trois conditions suivantes, il faut que le contractant ait effectuée un apport dans le pays concerné, que cet apport porte sur une certaine durée, et qu'il comporte pour celui qui le fait un certain risque. Il ne parait en revanche pas nécessaire qu'il réponde en plus spécialement à la promotion économique du pays, une condition de toute façon difficile

à établir et implicitement couverte par les trois éléments retenus »(Emmanuel Gaillard, JDI, n°1, 2006, p239.).

Bien que le critère de développement économique soit exigé dans le préambule de la convention, et qu'il fut une condition nécessaire à la qualification de l'opération d'investissement lors des affaires adoptée avant celle-ci, la jurisprudence dans l'affaire Lesi–Dipenta marque son abandon au critère, et elle fut suivie par d'autres tribunaux arbitraux (CIRDI, Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. contre Pakistan (ARB/03/29), décision sur la compétence du 14 novembre 2005 ; CIRDI, LESI SpA et ASTALDI SpA contre Algérie (ARB/05/3), décision sur la compétence du 12 juillet 2006.), mais sans pour autant que ça ne devienne une règle.

B-Critère de développement économique "critère" réhabilité

C'est avec l'affaire Patrick Mitchell contre la république démocratique du Congo (CIRDI, Patrick Mitchell contre Congo (ARB/99/7), décision du Comité ad hoc du 1er novembre 2006.), que le comité ad hoc du CIRDI a réhabilité la condition de la contribution au développement économique. Celui-ci alla jusqu' à insisté sur l'importance de ce critère et d'aboutir à l'annulation de la sentence rendue, justement parce qu'elle n'établissait pas l'impact de l'opération sur le développement économique de l'Etat (Emmanuel Gaillard, jurisprudence du CIRDI, vol II, 2010, pp 346-347.).

Dans le même sens les arbitres ont statué dans l'affaire MHS contre la Malaisie(CIRDI, Malaysian Historical Salvors et autres contre Malaisie (ARB/05/10), décision sur la compétence, 17 mai 2007.), et ont estimé ainsi que les apports en espèces et en industries consacres par la société MHS au sauvetage d'un navire en Malaisie ne constituaient pas un investissement au sens de l'article 25 (1) de la convention de Washington, et cela en raison du défaut de contribution au développement économique de l'état d'accueil (Julien Fouret-Dany Khayat, RQDI , vol 20,n1 ,2007,p 361).

Bien que cette affaire fut annulé plus tard (CIRDI, Malaysian Historical Salvors et autres contre Malaisie (ARB/05/10), décision du Comité ad hoc du 16 avril 2009.), elle confirme cependant la cacophonie qui rythme la jurisprudence du CIRDI et montre l'incohérence qui réside. Et cette dernière ne touche pas seulement la définition de la notion d'investissement mais elle toucha aussi la notion d'investisseur.

Section 2: controverse autour de la notion de l'investisseur

L'article 25(1) de la convention de Washington exige que l'une des parties au différend soit un ressortissant d'un autre Etat contractant, qu'il soit personne physique ou une personne morale et qu'il soit aussi en relation directe avec un investissement. Cette article qui fond la compétence du centre malgré sa clarté continu de faire débat ; et parmi les controverses qui ont retenu l'attention des arbitres du centre , la notion d'investisseur étranger (Eric Teynier, , n°2, part 2, 2003, p3.) a la part belle, surtout en ce qui concerne la question de nationalité (Emmanuel Gaillard, la jurisprudence CIRDI , vol I, 2004,p60.) de convenance (Paragraphe1) et sur le droit d'agir pour un actionnaire minoritaire (Paragraphe 2).

Paragraphe1: La nationalité de convenance controversée

Selon l'article 25 (2) (b) in fine de la convention de Washington, les parties peuvent consentir à considérer une personne morale possédant la nationalité de l'état contractant parties au différend comme ressortissant d'un autre état contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers. A la lecture de cet article il ressort donc deux exigences essentielles afin de reconnaître la nationalité de convenance à une personne morale; la première c'est l'accord des parties (A) et la deuxième c'est l'exigence d'un contrôle par des intérêts étrangers (B).

A-L' accord des parties

Bien que l'article 25 (2) (b) in fine de la convention de Washington exige l'accord des parties, celui-ci ne précise pas la forme que ce dernier doit avoir doit-il être écrit ou orale, explicite ou implicite, ce qui suscita des divergences net entre les différents courants doctrinaux (Georges Delaume, 1982, pp775 ss; Emmanuel Gaillard, JDI,n°1,1999, pp276- 278) et jurisprudentiels, et marqua de nouveau la jurisprudence du CIRDI.

1 –l'exigence d'un accord exprès

La première affaire qui souleva la question de l'accord était celle de Holiday Inns contre le Maroc (CIRDI, Holiday Inns v. Morocco (ARB/72/1), décision sur la compétence, 12 mai 1974); dans cette dernière le gouvernement marocain contestait avoir consenti à considérer les quatre filiales marocaines du groupe Holiday inns comme ressortissant d'un autre état contractant en raison du contrôle

exerce sur elles par la société Holiday inns SA, qui elle-même était une filiale du groupe américain Holiday inns.

Bien que les demandeurs maintiennent qu'il y a un accord tacite de la part de l'état du Maroc (Sébastien Manciaux, 2004, p172), le tribunal arbitral tranche la question de savoir si un tel accord doit être exprès ou s'il peut être implicite. En expliquant que « La solution qu'un tel accord est destiné à réaliser constitue une exception à la règle générale établie par la convention. et l'on peut attendre des parties qu'elles s'expriment clairement et explicitement sur une telle dérogation. Un accord implicite ne serait acceptable que si des circonstances particulières excluaient toute autre interprétation de l'intention des parties, ce qui n'est pas le cas en espèce » (Pierre Lalive, vol. 51, n° 1, 1981, note 226, p141).

Cette position du tribunal arbitral semble trancher la question de l'accord en donnant de l'importance au consentement exprès des parties. Mais cette position ne va pas être maintenue et connaîtra un fléchissement plus libéral.

2-la libéralisation de la forme de l'accord

En l'absence de toute forme d'accord sur la nationalité d'une personne morale, les tribunaux statuant sous l'égide du CIRDI qui ont dû se pencher sur cette question, se sont démarqués de l'affaire citée précédemment en acceptant l'accord implicite, c'est ce qui ressort par exemple de l'affaire Amco-Asia contre l'Indonésie (CIRDI, Amco Asia contre Indonésie (ARB/81/1), décision sur la compétence du 25 septembre 1983.), ou le tribunal arbitral a expliqué que « rien dans la convention et en particulier dans l'article 25 ne pose l'exigence formelle d'une clause expresse indiquant que les parties ont décidé de traiter la société ayant juridiquement la nationalité de l'état contractant partie au différend comme ressortissants d'un autre état contractant en raison du contrôle auquel elle est soumise » (Emmanuel Gaillard, JDI, n°1, 1986, p200.).

Dans ce même sens une autre décision rendue dans l'affaire Letco contre Liberia (CIRDI, LETCO contre Liberia (ARB/83/2), sentence du 31 mars 1986) vient confirmer ce raisonnement, suivie par d'autres tribunaux (CIRDI, Klöckner Industrie-Anlagen GmbH et autres contre Cameroun et Société Camerounaise des Engrais (ARB/81/2), sentence du 21 octobre 1983 ; CIRDI, Vacuum Salt contre (ARB/92/1), sentence du 16 février 1995.), mais sans pour autant former une constante comme le décrivent certains auteurs (Farhat Horchani, n°2, 2004, p386).

3-Réaffirmation du caractère exprès de l'accord

Le retour vers la réaffirmation du caractère exprès de l'accord, ce confirme avec la sentence rendue le 13 janvier 1997 dans l'affaire Cable Television of Nevis, Ltd. and Cable Television of Nevis Holdings, Ltd. contre Federation of Saint Kitts and Nevi (CIRDI, Cable Television of Nevis, Ltd. and Cable Television of Nevis Holdings, Ltd. v. Federation of Saint Kitts and Nevis (ARB/95/2), décision du 13 janvier 1997), Dans cette affaire, le tribunal a décliné sa compétence du fait que, la société n'avait pas été désignée par l'Etat, et n'avait pas reçu l'accord de celui-ci pour consentir à la compétence du CIRDI, et pour ce qui est du caractère de l'accord il statua que « l'accord des parties pour traiter une société de droit local contrôlée par des investisseurs étrangers comme étrangers en fins de compétence du centre en application de l'article 25(2)(b) de la convention ne peut être implicite » (Emmanuel Gaillard, JDI, n°1, 1999,p276.).

Même si certains tribunaux statuant sous l'égide du CIRDI s'accordent à exiger l'accord exprès pour reconnaître la nationalité de convenance à la société de droit local contrôlée par des investisseurs étrangers, cette démarche n'est pas unanimement suivie, ce qui crée une nouvelle fois une incohérence dans la jurisprudence du CIRDI. Mais celle-ci ne touche pas uniquement le critère de l'accord des parties, elle toucha aussi le critère du contrôle par des intérêts étrangers.

B- le contrôle par des intérêts étrangers

Si le critère de la forme de l'accord des parties a suscité une controverse au sein du CIRDI, le critère de contrôle ne manqua pas à son tour de controverse jurisprudentielle, cela dû essentiellement au caractère lacunaire qui marque la notion de « contrôles étrangers » dans la convention de Washington, cette controverse transparait dans plusieurs affaires parmi elles:

1- Amco-Asia c Indonésie: affirmation du contrôle immédiat

Dans cette affaire(CIRDI, Amco contre Indonésie (ARB/81/1), décision sur la compétence, 25 septembre 1983.), P.T. Amco, filiale indonésienne de la Compagnie américaine Amco Asia Corporation, qui elle-même était filiale de la société Pan Américain, basée à Hong-Kong dont son unique actionnaire était un ressortissant néerlandais, avaient conjointement présenté une requête d'arbitrage au CIRDI contre l'Indonésie pour violation de ses obligations contractuelles (Patrick Rambaud, vol 30, n°1 , 1984, p392.).

Le gouvernement indonésien pour sa part souleva l'incompétence du tribunal, et contesta le contrôle exercé par Amco-Asia en invoquant l'existence d'une chaîne de contrôle.

Après avoir retenu sa compétence le tribunal arbitrale analysa l'article 25(2) (b) in fine de la convention de Washington et estima ne prendre en considération que le contrôle immédiat exercé sur la filiale de droit local (Emmanuel Gaillard, JDI, n°1, 1986, p230.).

Mais cette position pourtant claire du tribunal arbitral, ne fut pas consolidé par les autres affaires. Ce qui confirme une fois encore les divergences de la jurisprudence CIRDI.

2-Soabi c Sénégal:infirmerie du contrôle immédiat

La société africaine de droit sénégalais (SOABI) (CIRDI, SOABI contre Sénégal (ARB/82/1), sentence du 25 février 1988).qui était une filiale d'une société constituée au panama (Flexa), elle-même totalement sous le contrôle de ressortissants belges (Sébastien Manciaux, op.cit., p166.), avait présenté une requête d'arbitrage au CIRDI contre l'état sénégalais pour rupture de ce dernier d'un contrat de construction de logements sociaux.

L'état sénégalais pour sa part rejeta la compétence du tribunal, et estima que l'article 25(2) (b) in fine ne visait que le contrôle direct.

Mais le tribunal arbitral, dans cette affaire raisonna à l'opposé de l'affaire Amco, il rejeta l'idée que la convention ne vise que le contrôle immédiat.

Cette position du tribunal arbitrale ne sera pas maintenue longtemps et connaîtra même un autre revirement ultérieurement.

3-Aucoven c Venezuela: la liberté des parties à définir le contrôle étranger

Dans cette présente affaire (CIRDI, Autopista Concesionada de Venezuela (Aucoven) contre République du Venezuela, décision sur la compétence, 27 septembre 2001). le litige est né au sujet d'un contrat de concession ,de construction et d'exploitation d'une autoroute à péage conclu entre l'état vénézuélien et Aucoven filiale vénézuélienne d'une société mexicaine (ICA), elle-même détenue entièrement par une société holding d'un consortium de société mexicaines, précédemment a la conclusion du contrat, 75% des titre de de la filiale Aucoven ont été cèdes a la société Icatech constituée en Floride (Emmanuel Gaillard, la jurisprudence CIRDI, vol I, 2004,p682.).

L'état vénézuélien contesta la compétence du CIRDI, et insista sur le contrôle étranger exercé sur la société vénézuélienne par des intérêts mexicains.

Pour sa part le tribunal arbitral reconnaît que c'est aux parties de définir ce qu'elles entendent par contrôles étrangers, sous la limite du caractère raisonnable du critère (Ibid., p683).

Ainsi bien que ces trois affaires traitent du même problème, les solutions diffèrent pour chacune d'entre elles, cette échantillon montre bien l'incohérence qui règne au sein du CIRDI.

Paragraphe2: Le droit d'agir pour un actionnaire minoritaire

L'une des conditions que doit remplir la personne morale pour être considérée comme ressortissant d'un autre état selon l'article 25 de la convention de Washington c'est l'exigence d'un contrôle étranger, ce dernier prend forme à travers certain droits exercés tel que le droit de vote, ou l'actionnariat.

Pour ce qui du contrôle effectué par l'actionnariat, la jurisprudence du CIRDI, connaît une divergence entre deux courants, l'une reconnaît au seul actionnaire majoritaire un droit d'agir (A) alors que l'autre tend à l'élargir a des actionnaires minoritaires (B).

A- le droit d'agir limité à l'actionnaire majoritaire

C'est dans l'affaire Azurix contre Argentine (*Azurix Corp. C. Argentine* (ARB/03/30), 8 décembre 2003) , que paraît l'une des positions prise par le tribunal arbitral au sujet du droit d'agir pour les actionnaires, dans cette affaire la société de droit américain Azurix corp (Azurix) à réalise un investissement dans une concession de traitement et de distribution d'eau potable à travers sa filiale de droit local Azurix Buenos Aires (ABA). Le 19 septembre 2001, la société Azurix forme une requête d'arbitrage devant le CIRDI à l'encontre de la république Argentine en soutenant que cette dernière avait manqué à ses obligations conventionnelle. Convenus dans le TBI conclu entre les États-Unis et l'argentine en 1991, (Emmanuel Gaillard, jurisprudence du CIRDI, vol I, 2004, p851).

L'argentine pour sa part se défendait en argumentant que Azurix n'avait pas qualité pour agir à son encontre vu que la filiale de droit local est la seule victime du préjudice allégué. (Emmanuel Gaillard, JDI, n°1, 2004, p275).

Le tribunal arbitral estima quant a lui que « l'investissement protégé par traité est bien celui qui consiste à détenir 90% des titres de la société de droit local ABA, parties au contrat de concession qui a donné lieu aux mesures litigieuses. Cela donne à la société mère Azurix un droit direct d'agir contre la république Argentine en application du traité » (Emmanuel Gaillard, jurisprudence du CIRDI, vol I, 2004, p851).

De ce qui précède, il parait clair que le tribunal arbitral dans cette affaire ne reconnaît qu'a l'actionnaire majoritaire dans la société le droit d'agir, bien que le droit international d'investissement consacre une part importante à protéger tous les investisseurs , mais cette protection accrue s'installe dans la position actuelle de la jurisprudence qui tend à englober dans la notion d'investisseur même les actionnaires minoritaires. Même si cette interprétation ne s'accorde pas avec l'explication que donne le tribunal arbitral dans l'affaire Azurix.

B- le droit d'agir élargi à l'actionnaire minoritaire

La tendance de la jurisprudence du CIRDI à élargir la notion d'investisseur pour y englober les actionnaires minoritaires, se confirme avec l'affaire CMS Gaz contre République argentine (CIRDI, *CMS Gas Transmission Company contre Argentine* (ARB/01/8), 17 juillet 2003), dans cette dernière la société CMS Gaz tranmission compagny (CMS) saisi le tribunal arbitral le 26 juillet 2001 d'une demande d'arbitrage à l'encontre de la République Argentine sur le fondement du TBI conclu entre les Etats-Unis et l'Argentine en 1991 , et cela suite à la suspension de l'état argentin du tarif de transport de gaz applicable à la société Transportadora de Gas del Norte (TGN) dans laquelle CMS détenait une participation de près de 30%(Emmanuel Gaillard, jurisprudence du CIRDI, vol II, 2010, p177).

La République Argentine rejeta la compétence du centre, au motif que la société CMS ne possédé pas la qualité pour agir vu son statut d'actionnaire minoritaire.

Le tribunal arbitral après avoir vérifié la qualité d'investisseur de l'actionnaire minoritaire au regard du droit international général, au sens de la convention de Washington et au regard de la définition contenu dans le TBI, conclu que rien ne s'oppose a ce qu'un actionnaire minoritaire puisse faire valoir son droit d'agir devant le CIRDI, ni dans le droit international, ni dans la convention de Washington, et encore moins dans la définition donner par le TBI.

Cette affaire marque l'esprit d'extension voulu par une certaine partie de la jurisprudence CIRDI, sans pour autant prêter attention à la solution adoptée antérieurement par le tribunal arbitral dans l'affaire Azurix et sans prendre en considération les graves conséquences qu'une telle solution peut avoir ; comme la multiplication des contentieux qui peuvent être mener par de nombreux actionnaires étrangers d'une même société de droit local devant le CIRDI pour un même problème et le risque de décisions contradictoires (Patrick Julliard, 2004, p680).

Conclusion

Malgré la richesse jurisprudentielle qu'offre le système CIRDI, les décisions et sentences rendu sous ses auspices sont marquées par un manque de cohérence entre elles, ces divergences apparaissent clairement au stade de la compétence dont les arbitres qui n'ont pas pu s'accorder sur une interprétation unanime concernant les exigences de l'article 25 de la convention de Washington.

Ce qui a eu pour effet de semer le doute en la capacité du CIRDI à résoudre les différends de façon cohérente, et donc de mener à bien sa mission, et qui a vu un certain nombre d'état se retirer de la convention de Washington tel quela Bolivie et l'Équateur, le Venezuela. Mais aussi a créé un doute quant à sa stabilité dans la définition des règles de droit, entre l'approche extensive et l'approche restrictive qui règne au CIRDI.

D'où la nécessité de modifier la rédaction de l'article 25 de la convention de Washington, en donnant plus de précision aux concepts contestés, selon les objectifs de la Convention.

La nécessite aussi d'identifier les catégories d'investisseurs et les investissements qui sont protégés par la convention de Washington, en se basant sur les objectifs de la Convention et selon l'encadrement donner par les états dans leurs TBI. Plutôt que sur une approche formelle,

Ainsi que la nécessité d'exiger un accord explicite et clair pour être considéré comme une personne morale soumise au contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers ressortissant d'un autre Etat contractant, conformément au texte de l'article 25 de la Convention de Washington.

Ouvrages

1-Christoph H. Schreuer, the ICSID Convention: A Commentary, Cambridge University Press, 2001.

2-Emmanuel Gaillard, la jurisprudence CIRDI, édition A pédone, Paris, vol I, 2004.

3-Emmanuel Gaillard, la jurisprudence CIRDI, édition A pédone, Paris, vol II, 2010.

4-Sébastien Manciaux, Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats, 30 années d'activité du CIRDI, Litec, Paris, 2004.

5- Arnaud de Nanteuil, Droit international de l'investissement, édition A pédone, Paris, 2014.

Thèses

1-Walid. Ben Hamida, L'arbitrage transnational unilatéral réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique, Thèse de doctorat Université Panthéon-Assas (Paris II), 2003.

Articles

1-Christian Larroumet, à propos de la jurisprudence arbitrale, in cahiers de l'arbitrage, Gazette du palais, n°3, 2006, pp4-8.

2-Emmanuel Gaillard, Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI): chronique des sentences arbitrales, Journal du Droit International, n°1, 1986, pp. 165-188.

3-Emmanuel Gaillard, Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI): chronique des sentences arbitrales, Journal du Droit International, n°1, 1999, pp273-297.

4-Emmanuel Gaillard, Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI): chronique des sentences arbitrales, Journal du Droit International, n°1, 2004, pp. 275-283.

5-Emmanuel Gaillard, Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI): chronique des sentences arbitrales, Journal du Droit International, n°1, 2005, pp. 167-213.

6-Emmanuel Gaillard, Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI): chronique des sentences arbitrales, Journal du Droit International, n°1, 2006, pp. 239-311.

7-Eric Teynier, Notion d'investisseur, Gazette du palais, Cahiers de l'arbitrage, n°2, part 2, 2003, p3.

8-Farhat Horchani, Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation, Journal du Droit International, 2004, n°2, p367-417.

9-Farouk Yala, La notion de l'investissement dans la jurisprudence du CIRDI, in Charles Leben le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement , LGDJ, Anthemis, 2006, p281-310.

10-Georges Delaume, Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), Journal du Droit International, 1982, pp775 ss.

11-Jan Paulsson, Arbitration without Privity, ICSID Review. – Foreign Investment Law Journal, vol. 10, n°2, 1995, pp232-257.

12-Julien Fouret- Dany Khayat, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)", Revue québécoise de droit international, vol 20, n°1, 2007, pp 358-364.

13-Patrick Julliard, Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements 2004, in Annuaire français de droit international CNRS Editions, Paris, 2004, p680.

14-Patrick Rambaud, Deux arbitrages du CIRDI, Annuaire français de droit international, vol 30, n°1, 1984, pp391-408.

15-Pierre Lalive, The First 'World Bank' Arbitration (Holiday Inns v. Morocco) - Some Legal Problems, the British Year Book of International Law, vol. 51, n° 1, 1981, pp. 123-162.

16-Walid Ben Hamida, La notion d'investissement: le chaos s'amplifie devant le CIRDI, Gazette du Palais, Cahiers de l'arbitrage, n°4,2009, pp.40-47

Colloque

1-Barton Legum, La réforme du CIRDI vers une juridictionnalisation de l'arbitrage transnational ?, in ou va le droit de l'investissement ? Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006, Pédone, Paris, 2006, pp 283-287.

2-Emmanuelle Jouannet, La notion de jurisprudence internationale en question, in la juridictionnalisation du droit international, colloque de Lille, SFDI, Pédone, Paris, 2003, pp 243-375.

3-Mounir Senoussi, La cohérence de la jurisprudence du CIRDI, in ou va le droit de l'investissement ? Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006, Pédone, Paris, 2006, pp 259-282.