



DIGITAL LIBRARY

Copyright © International Chamber of Commerce (ICC). All rights reserved.

(Source of the document: ICC Digital Library)

Eduardo Silva Romero

Associé, Coudert Frères, Paris ; ancien Secrétaire général adjoint de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI ¹.

Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI Vol. 15 N° 2

86

2004

La dialectique de l'arbitrage international impliquant des parties étatiques : observations sur le droit applicable dans l'arbitrage des contrats d'Etat

[State contract] [Choice of law] [Contrat d'Etat] [Droit applicable]

French

La dialectique de l'arbitrage international impliquant des parties étatiques : observations sur le droit applicable dans l'arbitrage des contrats d'Etat

1. Thèse : la nationalisation du contrat d'Etat et de l'arbitrage en résultant

a. A. Les techniques de nationalisation du contrat d'Etat et de l'arbitrage en résultant

b. B. Les conséquences de la nationalisation du contrat d'Etat et de l'arbitrage en résultant

2. Antithèse : la stratégie d'internationalisation du contrat d'Etat et de l'arbitrage en résultant

a. A. Les techniques d'internationalisation du contrat d'Etat et de l'arbitrage en résultant

b. B. Les conséquences de l'internationalisation du contrat d'Etat et de l'arbitrage en résultant

3. Synthèse : l'internationalisation modérée des arbitres et de certains juges nationaux

a. A. La définition du caractère national ou international du rapport juridique

b. B. Les conséquences de l'internationalisation modérée du rapport juridique

Les problèmes juridiques posés par l'arbitrage des contrats d'Etat ² seraient, selon certains, définitivement résolus. Les règles juridiques élaborées par la « jurisprudence » ³ arbitrale (notamment celle des arbitres agissant sous l'égide de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI ⁴), par certains législateurs étatiques ⁵, par certaines juridictions étatiques ⁶, et les pratiques développées par la Cour ⁷ auraient apporté une solution finale aux difficultés inhérentes à l'arbitrage des contrats d'Etat. [Page87:]

2. Néanmoins, l'arbitrage international impliquant des parties étatiques revêt toujours une incontestable actualité ⁸. Cela s'explique, du moins en partie, par l'importance croissante de l'arbitrage CIRDI ⁹ et par les nombreuses procédures arbitrales engagées par des investisseurs privés étrangers contre l'Etat argentin ¹⁰. Mais l'arbitrage des contrats d'Etat doit son actualité aussi, et plus profondément, aux passions politiques opposant les libéraux aux socialistes/étatistes qui semblent être gravées à tout jamais dans l'esprit humain.

3. L'opposition entre libéraux et socialistes/étatistes se manifeste à l'intérieur de tout contrat d'Etat et de tout arbitrage en découlant par l'opposition entre l'intérêt privé poursuivi par la société de droit privé étranger, c'est-à-dire la fin lucrative inhérente à l'activité de toute entreprise, et l'intérêt public que les parties étatiques, Etats souverains et émanations de l'Etat sont censées protéger ¹¹.

4. En théorie, la notion d'« intérêt public » devrait s'accorder avec celle de « bien commun » ou la recherche du bien-être de la population dont l'Etat aurait la charge. Pourtant, l'intérêt public est fréquemment invoqué par les parties étatiques dans le cadre d'un arbitrage afin d'éluder les obligations internationales résultant d'un contrat d'Etat. Par exemple, dans une affaire CCI récente, une partie étatique, face à l'impossibilité de générer toute l'électricité nécessaire pour subvenir aux besoins de la population en raison du manque de pluies, avait conclu avec une société privée de droit étranger un contrat de construction d'une centrale thermoélectrique capable de générer l'électricité manquante. La terminaison de la construction de la centrale a coïncidé avec le retour des pluies et avec un changement de gouvernement. Le nouveau gouvernement a ordonné à l'autorité étatique de régulation de l'électricité d'annuler le contrat. D'une part, le nouveau gouvernement aurait découvert que l'ancien gouvernement avait commis des actes de corruption en relation avec la conclusion du contrat. D'autre part, le nouveau gouvernement a affirmé que l'exécution du contrat serait contraire à l'intérêt public car elle le priverait de fonds qui pourraient être affectés à la

construction d'écoles et d'hôpitaux. Cet exemple nous montre que l'invocation de l'intérêt public par des parties étatiques dans un arbitrage international vise quelquefois des fins autres que nobles consistant à masquer les avatars politiques d'un changement de gouvernement ou la mauvaise gestion contractuelle d'une administration publique.

5. Nous avons passé en revue les sentences arbitrales rendues entre 1990 et 2003 dans des arbitrages CCI impliquant des parties étatiques ainsi que plusieurs décisions et sentences récentes du CIRDI. Il ressort de notre étude que l'opposition entre l'intérêt privé et l'intérêt public - que celui-ci soit utilisé à des fins démagogiques ou non - était présente dans toutes les affaires. Celles-ci peuvent par ailleurs être réparties en deux catégories que nous appellerons « arbitrages normaux » et « arbitrages pathologiques ».

6. Les arbitrages normaux seraient ceux où la partie étatique impliquée participe de bonne foi à la procédure arbitrale et ne s'y oppose pas par des moyens déloyaux. Il est très important de souligner que la Cour enregistre un nombre croissant d'arbitrages normaux impliquant des parties étatiques. De plus en plus, semble-t-il, celles-ci agissent en qualité de demanderesses et en sortent gagnantes.

7. Les arbitrages pathologiques impliquant des parties étatiques seraient ceux où la partie étatique s'oppose au déroulement normal de l'arbitrage et y emploie, si besoin est, des moyens déloyaux. La pathologie étant en droit beaucoup plus [Page88:] intéressante que la normalité, nous nous concentrerons sur l'examen analytique des affaires pathologiques impliquant des parties étatiques. Dans le cadre d'un arbitrage pathologique, l'interaction entre l'intérêt privé et l'intérêt public se traduit par des stratégies différentes et opposées et par la tentative des arbitres de trouver, dans la mesure du possible, un juste milieu ¹² entre celles-ci. Pour reprendre les termes du philosophe allemand Hegel ¹³, on pourrait dire que cette opposition provoque une dialectique entre une thèse (la stratégie adoptée par les parties étatiques de « *nationalisation* » du contrat d'Etat et de l'arbitrage en résultant), une antithèse (la stratégie adoptée par les sociétés de droit privé étranger d'« *internationalisation* » du contrat d'Etat et de l'arbitrage en découlant) et une synthèse (la décision des arbitres et de certains juges étatiques d'adopter une position d'« *internationalisation modérée* » du contrat d'Etat et de l'arbitrage en résultant) ¹⁴.

8. Thèse, antithèse et synthèse trouvent leur point de départ dans une prémisse sociologique qui est à la fois l'une des prémisses fondamentales de la sociologie juridique : *ubi societas ibi ius*¹⁵. A notre avis, on pourrait aussi bien dire *ubi ius ibi societas*, la présence d'un ordonnancement juridique supposant nécessairement l'existence d'une société dont il régit les rapports internes. Si l'apparition d'un litige résultant d'un contrat d'Etat appelle l'application d'un droit, celui-ci doit logiquement être ou appartenir à l'ordonnancement juridique régissant les rapports internes d'une société. La question qui se pose est : quelle est cette société ?

9. Thèse (I), antithèse (II) et synthèse (III) apportent des réponses différentes à cette question et observent par conséquent des corollaires importants en matière de droit applicable dans l'arbitrage des contrats d'Etat.

I. Thèse : la nationalisation du contrat d'Etat et de l'arbitrage en résultant

10. Les parties étatiques dans les arbitrages pathologiques partent du principe que le rapport juridique établi dans le cadre d'un contrat d'Etat entre une partie privée et une partie étatique appartient à la société de cette dernière. Dans le langage du droit international des investissements, la société d'accueil dudit rapport juridique et de tout arbitrage en découlant est celle du pays qui accueille l'investissement. Par conséquent, le droit applicable au contrat d'Etat ne pourrait être que le droit de l'Etat en cause et tout litige résultant de ce contrat ne pourrait être résolu que par les tribunaux dudit Etat. La partie étatique raisonne en ces termes : le co-contractant privé est venu chez nous faire de l'argent, profiter de notre manque de technologie de pointe pour construire (par exemple) une autoroute sur notre territoire et doit par conséquent se soumettre au droit de notre Etat ainsi qu'à nos juges.

11. Cette position est souvent complétée par une invocation au philosophe Jean Bodin ¹⁶ à travers la notion de souveraineté : le fait pour un Etat de se soumettre à un droit étranger et à des arbitres internationaux porterait atteinte à sa souveraineté.

La stratégie de nationalisation du contrat d'Etat emploie des techniques plus ou moins juridiques (A) et entraîne des conséquences (B) qui méritent d'être décrites et commentées. [Page89:]

A. Les techniques de nationalisation du contrat d'Etat et de l'arbitrage en résultant

13. Les parties étatiques aux arbitrages pathologiques utilisent deux techniques plus ou moins juridiques de nationalisation du contrat d'Etat.

14. D'une part, certains Etats exigent ¹⁷, lors de la passation d'un marché public international, soit que la société privée de droit étranger constitue une société filiale de la nationalité de son co-contractant étatique afin de pouvoir agir sur le territoire de l'Etat en question et de souscrire le contrat d'Etat, soit que le contrat soit soumis au droit et aux juges dudit Etat. En effet, si le contrat d'Etat est conclu entre deux parties ayant la même nationalité ou ayant leur domicile sur le territoire d'un même Etat, la partie étatique pourra alléguer que tout litige en résultant ne peut juridiquement pas être soumis à l'arbitrage international. Ainsi la partie étatique pourra-t-elle contester la validité d'une clause compromissoire internationale incluse dans le contrat d'Etat ou soutenir que son co-contractant privé ne saurait être qualifié d'investisseur étranger conformément aux dispositions du traité bilatéral de promotion et de protection des investissements (ci-après « TBI ») qui s'avère être applicable.

15. D'autre part, une fois le litige né, les parties étatiques aux arbitrages pathologiques soutiennent que le contrat en question est interne et que, par conséquent, les litiges en découlant ne sauraient être soumis à l'arbitrage international. Il est souvent fait référence à la localisation du projet sur le territoire de l'Etat pour souligner le caractère national du rapport juridique. Adoptant une définition formelle du caractère international d'un arbitrage proche de celle de l'article 1(3) de la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985 ¹⁸, la partie étatique fait remarquer, par exemple, que les deux parties au litige avaient leur établissement sur le territoire du même Etat lors de la conclusion du contrat comportant la convention d'arbitrage ¹⁹.

16. En somme, les parties étatiques aux arbitrages pathologiques cherchent à démontrer que les parties au contrat de base et au litige en résultant ont la même nationalité ou sont établies sur le territoire du même Etat et que, par conséquent, le litige doit être réglé conformément au droit national de l'Etat d'accueil de l'investissement et devant ses juges nationaux. L'objectif de la nationalisation du contrat d'Etat annonce les conséquences de celle-ci, qui s'articulent autour de quatre axes.

B. Les conséquences de la nationalisation du contrat d'Etat et de l'arbitrage en résultant

(i) Rejet de l'arbitrage international

17. La nationalisation du contrat d'Etat entraîne le rejet de l'arbitrage international en tant que mécanisme de résolution des litiges ainsi que des principes et des règles du droit de l'arbitrage international. Ce rejet, qui s'exprime souvent par l'invocation de l'immunité de juridiction, se manifeste de quatre manières différentes.

18. Tout d'abord, certaines parties étatiques aux affaires pathologiques décident purement et simplement de ne pas participer du tout à la procédure arbitrale. Elles ne [Page90:] répondent pas à la demande d'arbitrage, n'apparaissent pas lors des audiences et, en général, ne présentent pas leur position sur l'objet de l'arbitrage. On pourrait penser que cette non-participation est due à un manque de ressources, mais elle tient souvent du stratagème. En effet, ces parties étatiques, n'ayant des biens ou des actifs saisissables que sur leur propre territoire, espèrent que leur non-participation conduira à la nationalisation du contrat et du litige en résultant et que le juge national qui sera alors compétent sera réticent à ordonner la saisie de leurs biens et actifs au profit d'une société privée de droit étranger. Dans ces circonstances, l'investisseur privé n'aura d'autre choix, à notre avis, que de faire jouer les éventuelles garanties et assurances contractées lors de la conclusion du contrat d'Etat.

19. Ensuite, tout en participant à la procédure arbitrale, les parties étatiques décident de s'opposer à son déroulement normal par le biais d'objections à la compétence des arbitres. Ces objections, qui varient d'une affaire à l'autre, concernent l'existence, la validité ou la portée de la convention d'arbitrage.

20. Quant aux objections portant sur l'existence de la convention d'arbitrage, il arrive que les parties étatiques aux affaires pathologiques soutiennent que le fonctionnaire de l'Etat ou de l'émanation de celui-ci qui a souscrit le contrat comprenant la clause compromissoire n'était pas habilité à engager l'entité qu'il représentait, soit parce qu'il n'était pas parmi les personnes désignées par la loi comme bénéficiaires d'une telle habilitation ²⁰, soit parce qu'il n'avait pas obtenu préalablement la ou les autorisations nécessaires afin d'engager l'Etat ou son émanation à l'égard d'une convention d'arbitrage international. Par ce biais, les parties étatiques cherchent à démontrer que le consentement vis-à-vis de l'arbitrage international entre la partie étatique et la société privée ne s'est jamais formé. Il est à noter que les parties étatiques s'appuient toujours sur leur droit national pour ce faire.

21. Les objections relatives à la validité de la convention d'arbitrage se rapportent à l'arbitrabilité subjective ²¹ du litige. Les parties étatiques souscrivent une convention d'arbitrage international et, une fois le litige né, soulèvent des arguments, tirés de leur droit interne, pour affirmer la non-arbitrabilité subjective du litige. Ces arguments, plus ou moins classiques, sont au nombre de cinq. (1) La partie étatique allègue que sa constitution politique, norme fondamentale et supérieure de son ordonnancement juridique ²², ne lui permet pas de soumettre le litige en question à l'arbitrage international. (2) La partie étatique soutient que le contrat conclu avec la société privée est qualifié par son droit interne de contrat administratif et que, conformément au droit administratif de l'Etat impliqué ou à une jurisprudence administrative constante au sein de cet Etat, les litiges résultant d'un contrat administratif ne peuvent pas être soumis à l'arbitrage international ²³. (3) Il est allégué que le litige a son origine non pas dans le contrat mais dans un acte administratif édicté par l'administration qui

relève du seul ressort de la juridiction administrative de l'Etat. (4) La partie étatique prétend que seules les émanations de l'Etat énumérées dans une loi (par exemple, la loi portant sur les marchés publics) peuvent soumettre la résolution de leurs litiges à l'arbitrage et qu'elle ne figure pas sur ladite liste. (5) Il est déclaré contraire à l'ordre public de soumettre des litiges impliquant des parties étatiques à l'arbitrage.

22. Les objections relatives à la portée de la convention d'arbitrage portent soit sur les personnes liées par la convention d'arbitrage (portée *ratione personae*) soit sur la matière que les parties ont consenti à soumettre à l'arbitrage (portée *ratione materiae*). [Page91:]

23. Trois arguments sont invoqués pour contester la portée *ratione personae* de la convention d'arbitrage. (1) Lorsque la société privée qui a signé un contrat avec une émanation de l'Etat cherche à attirer l'Etat lui-même à la procédure arbitrale, celui-ci s'y oppose en arguant que les effets de la convention d'arbitrage ne peuvent pas lui être étendus en tant que non-signataire du contrat comprenant la convention d'arbitrage. (2) Suite à une réorganisation interne de l'administration, le contrat d'Etat est transféré de l'Etat ou d'une émanation de celui-ci à une autre entité étatique ; celle-ci allègue alors qu'elle ne peut pas être partie à l'arbitrage, n'ayant pas souscrit le contrat d'Etat comprenant la clause compromissoire. (3) Dans le cadre d'un TBI, l'Etat défendeur allègue que le demandeur ne peut pas être qualifié juridiquement d'investisseur ou qu'il ne peut être considéré comme un ressortissant de l'autre Etat partie au TBI ²⁴. Dans une affaire CCI introduite sur la base d'un TBI entre deux Etats de l'Union européenne, le TBI requiert que l'investisseur privé demandeur ne soit pas résident de l'Etat accueillant l'investissement ; la définition de résidence est objet de controverse entre les parties.

24. La portée *ratione materiae* de la convention d'arbitrage a été contestée dans les sentences examinées seulement dans le cadre d'un arbitrage d'investissement basé sur un TBI. Dans la plupart des affaires arbitrales du CIRDI ²⁵ et dans les quatre affaires que la CCI a reçues sur la base d'un TBI, l'Etat défendeur a objecté à la compétence arbitrale en alléguant que l'opération économique entreprise par la société privée ne saurait être qualifiée juridiquement d'investissement.

25. Lorsque l'absence totale de participation et les objections à la compétence arbitrale s'avèrent être, pour des raisons plus ou moins politiques, insuffisantes, les parties étatiques aux arbitrages pathologiques ont recours à leurs juridictions nationales afin d'obtenir une décision judiciaire obstruant le déroulement de la procédure arbitrale (*anti-suit injunction, anti-arbitration injunction*) ²⁶. Il est ainsi demandé au juge, au mépris du principe de la compétence-compétence, d'ordonner la suspension de la procédure arbitrale dans l'attente d'une décision définitive de sa part sur l'existence, la validité et/ou la portée de la convention d'arbitrage. Dans deux affaires CCI, les parties étatiques ont obtenu des injonctions anti-arbitrage suspendant la procédure arbitrale. Dans une première affaire ²⁷, le siège de l'arbitrage se trouve ailleurs que dans l'Etat hôte de l'investissement. Dans la seconde affaire ²⁸, le siège de l'arbitrage se trouve dans l'Etat hôte de l'investissement. En théorie, la seconde affaire semblerait être plus problématique que la première.

26. Enfin, certaines parties étatiques, ayant fait fixer le siège de l'arbitrage dans leur Etat, demandent, à la fin de la procédure arbitrale, l'annulation de la sentence arbitrale devant le juge compétent de leur Etat. Il en a été ainsi dans l'affaire CCI n° 10346 : le juge compétent a annulé la sentence arbitrale rendue contre la partie étatique pour un motif étranger aux causes très limitées d'annulation d'une sentence arbitrale reconnues par la plupart des législations du monde ²⁹ et qui n'avait par ailleurs été invoqué par aucune des parties.

27. La première conséquence de la nationalisation du contrat d'Etat et de l'arbitrage en découlant, qui consiste à affirmer l'application du droit interne et la compétence exclusive des juges nationaux, conduit logiquement à la seconde, celle de rejeter l'application du droit international au fond du litige. [Page92:]

(ii) Rejet du droit international

28. Le droit international comprend, parmi d'autres, deux principes essentiels : l'autonomie de la volonté des parties contractantes et *pacta sunt servanda*. Ces principes s'expriment assez fréquemment dans les contrats d'Etat dans deux types de clauses : la clause de choix du droit applicable au contrat et la clause de stabilisation³⁰ du droit de l'Etat partie au contrat. Dans les affaires CCI examinées, les parties étatiques expriment leur rejet de l'application du droit international à la résolution du fond du litige en alléguant la nullité des clauses de choix du droit applicable ou de stabilisation du droit de l'Etat en cause choisi par les parties. L'annulation de la clause de stabilisation permet à l'Etat défendeur de modifier le rapport contractuel entre lui-même et la société privée de droit étranger en édictant des règles juridiques protégeant ses propres intérêts.

29. Le souci de rejeter ce qui paraît international dans le contrat d'Etat conduit les parties étatiques aux arbitrages pathologiques à s'opposer également à l'application des principes du droit international et de la *lex mercatoria* et, au-delà de la procédure arbitrale proprement dite, à l'exécution d'une sentence qui serait contraire à leurs intérêts.

(iii) L'immunité d'exécution de l'Etat souverain

30. Lorsque le rejet de l'arbitrage international et de l'application du droit international à la résolution du litige n'a pas été suffisant pour obtenir une décision arbitrale en faveur de la partie étatique, celle-ci tente de s'opposer à l'exécution de la sentence à son encontre³¹. Pour ce faire, elle invoque dans certains cas tant des règles de son droit interne que, paradoxalement, des règles de droits étrangers et des conventions internationales consacrant l'immunité d'exécution de l'Etat souverain. Etant donné l'état du droit des immunités³², ce troisième axe de la stratégie de nationalisation du contrat d'Etat et de l'arbitrage en résultant semble être le plus efficace, l'entité étatique tirant parti du flou des textes pour protéger ses biens et actifs contre l'exécution de la sentence arbitrale.

31. En *ultima ratio*, lorsque les arguments juridiques pour résister au caractère international d'un rapport juridique s'épuisent, les parties étatiques aux arbitrages pathologiques ont recours à des arguments méta-juridiques.

(iv) L'utilisation des médias

32. Les médias fournissent les espaces idéals pour la démagogie et les parties étatiques en font usage afin d'obtenir le soutien de l'opinion publique et d'exercer une certaine pression sur les arbitres, les avocats, les experts et les juges impliqués dans la résolution du litige. La phrase « si l'Etat exécute la sentence arbitrale, 42 écoles et 12 hôpitaux ne pourront pas être construits » illustre bien les dangers de l'utilisation des médias en cours de ou après la procédure arbitrale.

33. Curieusement, les sociétés privées ont répondu à l'utilisation des médias en les utilisant elles-mêmes. Ainsi avons-nous pu lire des phrases telles que « si l'Etat n'exécute pas la sentence, jamais un investisseur étranger n'investira de nouveau dans [Page93:] ce pays ». Sur le plan juridique, elles ont adopté une stratégie diamétralement opposée à celle des parties étatiques en cherchant l'internationalisation du contrat d'Etat et de l'arbitrage en résultant.

II. Antithèse : la stratégie d'internationalisation du contrat d'Etat et de l'arbitrage en résultant

34. Cette stratégie repose sur la prémisse que c'est la société internationale qui est la société d'accueil du rapport juridique établi entre l'entreprise de droit privé étranger et la partie étatique comme de tout litige résultant de ce rapport. Partant, le droit applicable au contrat d'Etat doit être le droit (marchand) international et tout litige en relation avec ce contrat doit, en l'absence d'une juridiction (commerciale) internationale, être résolu par l'arbitre international. La société de droit privé étranger raisonne en ces termes : ce n'est pas elle qui s'est rendue sur le territoire de l'Etat accueillant l'investissement mais celui-ci qui est allé chercher dans la société (marchande) internationale la technologie, les biens et le capital dont il avait besoin pour entreprendre un projet essentiel au développement de son pays et au bien-être de la population à sa charge. Ce faisant, l'Etat abandonne la qualité d'administration³³ qui lui est reconnue sur le plan national et assume celle de n'importe quel commerçant international³⁴.

35. La stratégie d'internationalisation du contrat d'Etat emploie également des techniques juridiques (A) et entraîne des conséquences (B) qui méritent d'être décrites et commentées.

A. Les techniques d'internationalisation du contrat d'Etat et de l'arbitrage en résultant

36. Les sociétés de droit privé étranger utilisent trois techniques juridiques d'internationalisation du contrat d'Etat et de l'arbitrage susceptible d'en résulter.

37. Tout d'abord, elles rejettent la définition formelle du caractère international d'un rapport juridique et d'un arbitrage et insistent davantage sur la définition économique de ceux-ci à l'instar du droit français³⁵. Grâce à cette définition, le transfert de biens, de services ou de capitaux à travers les frontières de deux ou plusieurs Etats sera perçu comme une opération à caractère international, même si les parties impliquées sont formellement ressortissantes du même Etat ou établies sur le territoire du même Etat au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage.

38. Deuxièmement, le siège de l'arbitrage a été utilisé à des fins d'internationalisation. Dans une affaire CCI, une société privée de droit étranger et un Etat souverain avaient localisé l'arbitrage dans la capitale de cet Etat. La guerre s'étant ensuite déclarée dans cet Etat, la société privée a demandé le changement du siège de l'arbitrage en raison de l'impossibilité de tenir des réunions et des audiences et de l'insécurité juridique causée par l'état de guerre. On peut penser que sa demande était plutôt motivée par la crainte de voir l'arbitrage nationalisé par l'Etat du siège, par exemple à travers l'annulation de la sentence arbitrale.
[Page94:]

39. Enfin, l'arbitrage CIRDI nous apporte des exemples récents d'une troisième technique très ingénieuse d'internationalisation du contrat d'Etat et de l'arbitrage en résultant. Les sociétés privées essayent d'échapper aux obligations découlant d'une clause de résolution des litiges ayant une orientation nationale en invoquant l'*umbrella clause*³⁶ d'un TBI, qui exige le respect des dispositions de celui-ci, y compris, le cas échéant, une disposition permettant à l'investisseur privé d'avoir recours à l'arbitrage international. Les affaires *SGS c. Pakistan*³⁷ et *SGS c. Philippines*³⁸ sont peut-être celles qui illustrent le mieux cette technique. Dans la première affaire, la clause de résolution de litiges incluse dans le contrat d'Etat prévoyait le recours à un arbitrage *ad hoc* organisé en conformité avec le

droit pakistanais de l'arbitrage. Dans la seconde, le contrat d'investissement comprenait une clause attributive de juridiction en faveur des tribunaux étatiques de Manille. Dans les deux cas, l'investisseur privé n'a pas considéré neutre de porter les litiges qui l'opposait aux Etats aux *fora* choisis dans les contrats d'investissement et, selon le mécanisme décrit, a essayé de porter ces litiges à l'attention d'un tribunal arbitral international du CIRDI ³⁹.

40. En somme, les sociétés privées parties aux arbitrages pathologiques cherchent à démontrer le caractère international du contrat d'Etat et du litige, son appartenance à la société internationale et son aptitude à être résolu conformément au droit (marchand) international et devant l'arbitre international. Cet objectif annonce les conséquences de l'internationalisation.

B. Les conséquences de l'internationalisation du contrat d'Etat et de l'arbitrage en résultant

41. Les conséquences de la stratégie adoptée par les parties privées aux arbitrages pathologiques impliquant des parties étatiques s'articulent autour de trois axes, mis à part l'utilisation des médias, déjà commentée ⁴⁰.

(i) Réaffirmation de l'arbitrage international

42. Les parties privées présentent l'arbitrage international comme le seul moyen neutre de résoudre les litiges résultant d'un contrat d'Etat, en rejetant les exceptions de compétence arbitrale soulevées par les parties étatiques ⁴¹.

43. Concernant les objections relatives à l'absence d'habilitation de la personne qui avait négocié et signé le contrat pour le compte de la partie étatique, les parties privées invoquent la théorie de l'apparence en soutenant qu'elles croyaient de bonne foi que le fonctionnaire était autorisé à agir ainsi ⁴². Elles se réfèrent également au principe selon lequel une personne morale de droit public ne peut pas, en matière internationale, invoquer des dispositions de son droit interne afin d'échapper aux obligations découlant d'une convention d'arbitrage international.

44. Les parties privées invoquent encore la bonne foi pour s'opposer aux exceptions relatives à la validité de la convention d'arbitrage (arbitrabilité subjective du litige). Elles allèguent la mauvaise foi de la partie étatique qui, après avoir librement consenti à une convention d'arbitrage international, essaie d'y échapper [Page95:] au motif que les dispositions de son droit interne (constitution, notion de contrat administratif, notion d'acte administratif, loi des marchés publics, ordre public) lui interdit de compromettre. Elles ajoutent qu'un tel comportement est contraire non seulement à la bonne foi, qui, reconnue par la *lex mercatoria*, est essentiel à toute relation contractuelle, mais aussi à l'ordre public réellement international.

45. En ce qui concerne la portée *ratione personae* de la convention d'arbitrage, la partie privée emploie l'argument de l'extension des effets de la convention d'arbitrage reconnue en droit français ⁴³, en affirmant que la personne morale de droit public, sans être signataire du contrat, a néanmoins participé activement à sa négociation, à sa conclusion, à son exécution ou, le cas échéant, à sa résiliation. Concernant l'argument selon lequel la partie privée ne saurait être qualifiée d'investisseur, les entreprises privées étrangères essaient de démontrer qu'elles étaient autorisées à se prévaloir des dispositions du TBI ⁴⁴ et qu'il s'agit bel et bien d'un investissement tel que ce terme est défini dans le TBI.

46. Ces exemples nous montrent que les parties privées aux arbitrages pathologiques s'opposent à la stratégie adoptée par leurs co-contractants publics en s'appuyant sur les dispositions du droit international de l'arbitrage, qui constituent les règles de procédure de la *lex mercatoria*. Elles s'appuient également sur le droit international lors de la résolution du fond du litige, en employant deux techniques différentes selon la source de l'arbitrage.

(ii) Réaffirmation du droit international

47. Si l'arbitrage provient d'une convention d'arbitrage classique (par exemple, une clause compromissoire insérée dans un contrat d'Etat), les parties privées s'appuient sur l'autonomie de la volonté et sur le principe *pacta sunt servanda* pour défendre la validité des clauses de choix du droit applicable et de stabilisation du droit.

48. Si la partie privée a cherché à internationaliser le rapport juridique par le biais de l'*umbrella clause* contenue dans un TBI, elle pourrait, du moins en théorie, échapper à l'application d'un droit national choisi et réclamer l'application du droit international (TBI, principes du droit international) à la résolution du litige ⁴⁵.

49. Les positions des parties privées quant au droit applicable à la résolution du fond du litige montrent clairement qu'elles considèrent, même implicitement, que la société d'accueil du contrat d'Etat est la société (marchande) internationale. Ainsi, même lorsqu'elles ont choisi un droit national comme applicable au contrat, elles cherchent à l'internationaliser en utilisant la *lex mercatoria* et les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international (Principes UNIDROIT) afin de compléter ou de corriger la solution juridique apportée par le droit national.

50. Lorsque les parties n'ont pas choisi le droit applicable au contrat d'Etat, les parties privées aux arbitrages pathologiques demandent en général au tribunal arbitral d'appliquer soit la *lex mercatoria* soit les Principes UNIDROIT ⁴⁶.

51. La stratégie d'internationalisation du contrat d'Etat resterait incomplète si elle ne répondait pas à l'immunité d'exécution à laquelle la partie étatique prétend.
[Page96:]

(iii) Rejet de l'immunité d'exécution de l'Etat souverain

52. Pour les parties privées, c'est un non-sens que d'accepter la participation d'une personne morale de droit public à l'arbitrage s'il est impossible d'exécuter une sentence rendue à son encontre. Elles soutiennent par conséquent que la partie étatique renonce implicitement tant à l'immunité de juridiction qu'à l'immunité d'exécution lorsqu'elle conclut une convention d'arbitrage international.

53. Nous avons vu que la stratégie d'internationalisation du contrat d'Etat et de l'arbitrage en résultant vise à répondre directement à la stratégie de nationalisation adoptée par les parties étatiques. L'objectif de la partie privée est de soustraire le rapport juridique à l'espace national pour le soumettre à la décision d'un tiers neutre qui fera application de règles juridiques également neutres. La conciliation entre les deux stratégies constitue un enjeu de taille pour l'arbitre.

III. Synthèse : l'internationalisation modérée des arbitres et de certains juges nationaux

54. Il ressort de l'étude des sentences arbitrales mentionnées et de quelques décisions judiciaires que les arbitres et certains juges étatiques tendent à adopter une position d'internationalisation modérée du rapport juridique. Même si, pour eux, la société (marchande) internationale est la société d'accueil du rapport juridique, ils estiment que certaines règles juridiques nationales ont également vocation à s'appliquer à la résolution des litiges issus de contrats d'Etat et qui portent sur la compétence arbitrale ou sur le fond. Cette position s'observe tant au stade de la définition de la nature de la relation (A) que lors de la détermination des conséquences juridiques de cette définition (B).

A. La définition du caractère national ou international du rapport juridique

55. La définition du caractère national ou international d'un contrat d'Etat dépend, en premier lieu, de la source de l'arbitrage.

56. Si l'arbitrage se fonde sur une convention d'arbitrage insérée dans un contrat d'Etat, le droit applicable à la qualification du rapport juridique et de l'arbitrage sera, à défaut de convention internationale applicable, le droit du siège de l'arbitrage international. Si le droit du siège comprend une définition formelle du caractère international d'un arbitrage, il est possible que les arbitres internationaux, constatant, par exemple, que les parties sont ressortissantes d'un même Etat, décident que le rapport juridique doit être qualifié de national et qu'ils se déclarent incompétents pour trancher le litige⁴⁷. Si, en revanche, le droit du siège comprend une définition économique du caractère international d'un arbitrage, les arbitres internationaux pourront conclure, dans les mêmes circonstances, que le rapport juridique est international et qu'ils sont donc compétents pour connaître du fond du litige. C'est ainsi qu'il a été décidé dans une récente affaire CCI dans laquelle le siège était à Paris et les parties avaient la même nationalité latino-américaine. [Page97:]

57. Nous pouvons, par ailleurs, constater que la tentative d'internationalisation du rapport juridique par application de l'*umbrella clause* insérée dans un TBI a été modérée dans l'affaire *SGS c. Philippines*. Même si le tribunal reconnaît l'efficacité de l'*umbrella clause*, il privilégie le consentement donné à la clause de résolution des litiges insérée dans le contrat d'investissement au motif que *generalia specialibus non derogant* et que cette clause constitue une « stipulation contraire » au sens de l'article 26 de la Convention de Washington⁴⁸ et une condition préalable à tout recours à l'arbitrage du CIRDI. Un tribunal CIRDI saisi du litige contractuel avant que la procédure prévue dans le contrat d'investissement n'ait été achevée ou se soit avérée inefficace devrait suspendre la procédure CIRDI et inviter les parties à avoir recours au mécanisme de résolution des litiges prévu dans le contrat d'investissement.

B. Les conséquences de l'internationalisation modérée du rapport juridique

(i) Réaffirmation modérée de l'arbitrage international

58. Concernant la question de savoir si la personne qui a signé le contrat d'Etat pour le compte de celui-ci était habilitée à le faire, les arbitres internationaux distinguent entre deux hypothèses. Si le rapport juridique est international, ils appliquent systématiquement la théorie de l'apparence et se déclarent compétents⁴⁹. Si le rapport juridique est national, ils arrivent, dans certains cas, à la conclusion qu'ils ne sont pas compétents. Enfin, dans une affaire internationale où les parties avaient expressément prévu dans la convention d'arbitrage que la partie étatique devait obtenir une autorisation parlementaire avant de recourir à l'arbitrage international, les arbitres internationaux se sont déclarés incompétents, estimant que, la partie étatique n'ayant pas obtenu cette autorisation, il serait contraire à la volonté des parties d'engager l'arbitrage international dans ces conditions.

59. Le caractère national ou international du rapport juridique est également un facteur déterminant dans les litiges relatifs à la validité de la convention d'arbitrage, c'est-à-dire à l'arbitrabilité subjective. Alors que dans la plupart des affaires examinées les arbitres ont estimé que le rapport juridique était international et ont donc rejeté, en vertu de la bonne foi ou de l'ordre public réellement international, les objections soulevées par les parties étatiques sur le fondement de leur droit interne, dans les trois affaires CCI en matière de télécommunications déjà citées, les arbitres internationaux ont jugé que le rapport juridique était national et se sont déclarés incompétents puisque le différend avait son origine dans un acte administratif et que, conformément au droit de l'Etat en cause, les juridictions administratives de celui-ci étaient alors exclusivement compétentes.

60. Dans une affaire CCI, le tribunal arbitral a évoqué une modération très intéressante en ce qui concerne l'application du principe de la bonne foi et de l'ordre public réellement international aux exceptions d'incompétence soulevées par les parties étatiques sur le fondement de leur droit interne. Il a proposé, dans un *obiter dictum*, qu'une telle exception ne devrait être admise que « dans les cas où la violation du droit interne de l'Etat est importante et évidente ». [Page98:]

61. Il est également intéressant de remarquer que, dans plusieurs affaires, les arbitres internationaux, sans régler la question de savoir si le rapport juridique est interne ou international, tranchent le litige sur la compétence arbitrale en faisant une distinction entre contrat administratif et contrat de droit privé de l'Administration ou entre contrat *jure imperii* et contrat *jure gestionis*. Ils se déclarent compétents dans la plupart des cas, considérant le contrat en question comme un contrat de droit privé de l'Administration ou un contrat *jure gestionis*⁵⁰.

62. Plus nuancée est la modération opérée par les arbitres internationaux à l'égard de la portée de la convention d'arbitrage. Le droit du siège de l'arbitrage semblerait avoir une certaine importance lorsqu'il s'agit d'étendre les effets de la convention d'arbitrage à des personnes morales de droit public qui ne l'ont pas souscrite. Dans une récente affaire CCI, un tribunal arbitral, ayant son siège à Paris, a suivi l'arrêt *Jaguar* en décidant d'étendre les effets de la convention d'arbitrage à un Etat souverain qui ne l'avait pas signée. Selon le tribunal, l'Etat aurait participé activement à la négociation et à l'exécution du contrat. En Suisse, en revanche, les tribunaux seraient beaucoup plus réticents à appliquer la théorie du consentement implicite à la convention d'arbitrage⁵¹. Il semblerait, dans tous les cas, que les arbitres internationaux font preuve d'une plus grande prudence lorsqu'il s'agit d'étendre les effets d'une convention d'arbitrage à une partie étatique qui ne l'a pas signée que lorsqu'il s'agit de les étendre à une partie privée non-signataire⁵².

63. Lorsqu'il est question d'une réorganisation des émanations de l'Etat entraînant un transfert du contrat d'Etat, les arbitres internationaux analysent systématiquement le problème conformément au droit interne de l'Etat en cause, tempérant ainsi à nouveau l'internationalisation du rapport juridique.

64. En ce qui concerne la notion d'investisseur, les arbitres internationaux agissant sous l'égide du CIRDI n'ont guère modéré les tentatives d'internationalisation du rapport juridique. Néanmoins, il est important de souligner que les décisions les plus extrêmes qui ont interprété la notion d'investisseur d'une manière très large ont été très critiquées⁵³, même si une telle interprétation est en accord avec la plupart des TBI. Pour restreindre la notion d'investisseur à l'avenir, les arbitres internationaux pourraient puiser dans l'historique des négociations de la Convention de Washington⁵⁴.

65. Il en a déjà été ainsi pour la notion d'investissement. Dans un premier temps, les arbitres internationaux ont eu tendance à étendre leur compétence matérielle conformément à la définition large d'investissement donnée par les TBI. Plus récemment, ils ont essayé de limiter cette définition par l'application de la notion d'investissement résultant de l'intention des Etats lors de la conclusion de la Convention de Washington ⁵⁵.

66. Les observations précédentes nous montrent que, souvent, la modération de la compétence des arbitres internationaux passe non seulement par l'application d'un droit national mais aussi par l'application du droit international. Un phénomène similaire s'observe en ce qui concerne les règles juridiques appliquées par les arbitres internationaux à la résolution du litige sur le fond. [Page99:]

(ii) Réaffirmation modérée de l'application du droit international ⁵⁶

67. Il est essentiel de distinguer ici entre les situations dans lesquelles les parties ont choisi le droit applicable au contrat d'Etat et celles dans lesquelles elles ne l'ont pas fait.

68. Dans le premier cas, les arbitres internationaux respectent systématiquement le choix fait par les parties : *pacta sunt servanda*. Chaque fois que la partie étatique a contesté la validité d'une clause de choix du droit applicable ou de stabilisation du droit de l'Etat en cause, les arbitres internationaux, constatant que le rapport juridique était international, ont systématiquement déclaré la clause valable et ont tranché le litige en conséquence.

69. On peut noter que, même si les arbitres internationaux respectent systématiquement le choix du droit national applicable opéré par les parties, ils ajoutent assez souvent dans la motivation de la sentence des arguments tirés du droit international qui confortent la solution donnée par le droit national. Ainsi les arbitres internationaux ajoutent-ils parfois des arguments provenant de la *lex mercatoria* et des Principes UNIDROIT ⁵⁷ et, dans quelques affaires, ils ont utilisé dans ce sens l'article 17(2) du règlement d'arbitrage de la CCI ⁵⁸, et notamment la notion d'« usages du commerce pertinents ».

70. Sur le plan théorique, se pose par ailleurs la question de savoir si l'application d'un droit national choisi par les parties dans le contrat d'Etat peut être écartée au profit de l'application des dispositions impératives du droit (marchand) international. Il nous semble possible de considérer que le droit national choisi par les parties dans un contrat d'Etat n'a qu'une valeur contractuelle. Les dispositions de ce droit ne seraient alors que des clauses contractuelles et pourraient être écartées par les arbitres internationaux s'ils les trouvaient contraires aux dispositions impératives de la *lex mercatoria*. Encore faudrait-il trouver des critères permettant d'identifier les dispositions impératives de la *lex mercatoria*.

71. Lorsque les parties n'ont pas choisi le droit applicable à leur contrat d'Etat, les arbitres internationaux tendent manifestement à choisir des règles juridiques de nature internationale pour trancher le différend au fond, et ce même si la partie étatique réclame l'application de son propre droit. A cet effet, ils utilisent indistinctement les voies indirecte ⁵⁹ ou directe ⁶⁰ pour déterminer le droit applicable : tous les chemins mènent au droit international.

72. Par ailleurs, l'application du droit national choisi par les parties et du droit international déterminé comme applicable par les arbitres internationaux est souvent modérée par l'application de certaines lois de police du droit de l'Etat en cause et du droit international public, par exemple en matière de succession d'Etats, d'embargo et de force majeure ⁶¹.

(iii) Renonciation implicite à l'immunité d'exécution de l'Etat souverain

73. La Cour de cassation française (1^{re} Ch. civ.), dans son arrêt du 6 juillet 2000 dans l'affaire *Société Creighton c. Ministère des Finances de l'Etat du Qatar et a.*, a déclaré que

Viole les principes du droit international régissant les immunités des Etats étrangers et l'article 24 du règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale l'arrêt [Page100:] qui, pour ordonner la mainlevée de saisies-attribution et de saisies-conservatoires, retient qu'il n'est pas établi que l'Etat en cause ait renoncé à l'immunité d'exécution et que le fait d'avoir accepté une clause d'arbitrage ne peut faire présumer la renonciation à cette immunité, qui est distincte de l'immunité de juridiction, alors que l'engagement pris par l'Etat signataire de la clause d'arbitrage d'exécuter la sentence dans les termes de l'article 24 du règlement d'arbitrage de la CCI impliquait renonciation de cet Etat à l'immunité d'exécution ⁶².

Selon cet arrêt, une personne morale de droit public qui donne son consentement à une convention d'arbitrage visant le règlement d'arbitrage de la CCI de 1988 est réputée avoir renoncé, par l'effet de l'article 24 de ce règlement ⁶³, à son immunité d'exécution.

74. La décision de la Cour de cassation dans l'affaire *Creighton* n'est pourtant pas une panacée et sa portée a été fortement modérée et limitée par la définition des biens publics dont la société privée étrangère, dans le cadre de l'exécution d'une sentence arbitrale à l'encontre d'une personne morale de droit public, pourrait demander la saisie. La cour d'appel de Paris (1^{re} Ch. A), par exemple, dans son arrêt du 10 août 2000 dans l'affaire *Ambassade de la Fédération de Russie en France et a. c. Compagnie Noga d'importation et d'exportation* ⁶⁴, a précisé que la renonciation implicite à l'immunité d'exécution affirmée par l'arrêt *Creighton* ne valait que pour les biens de l'Etat ou de son émanation qui ne sont pas affectés à une mission de service public. Par conséquent, la question relative à l'immunité d'exécution de l'Etat s'est déplacée, tout au moins en droit français, vers celle de savoir quels sont les biens de l'Etat destinés à assurer un service public. Ne pourrait-on pas considérer que la plupart des biens de l'Etat et de ses émanations, sinon tous, sont destinés, de près ou de loin, tôt ou tard, à une activité de service public ?

* * *

75. La méthode dialectique a le grand avantage de montrer que la pensée et les idées sont en constante évolution. En ce sens, Hegel nous dit que toute synthèse est, à son tour, une nouvelle thèse. De toute évidence, la synthèse proposée par les arbitres internationaux et par certains juges nationaux admet davantage les axes de la stratégie d'internationalisation que ceux de la stratégie de nationalisation du contrat d'Etat et de l'arbitrage en résultant. On peut raisonnablement s'attendre à une augmentation du nombre de sentences arbitrales rendues à l'encontre des parties étatiques impliquées dans des affaires pathologiques. Ceci donnera-t-il lieu à une nouvelle antithèse avec les parties étatiques aux arbitrages pathologiques résistant, avec un acharnement encore plus grand, à l'exécution de toute sentence arbitrale rendue à leur encontre ? La nouvelle synthèse devra alors être élaborée par les juges étatiques du contrôle, de l'exequatur ou de l'exécution forcée de la sentence arbitrale ⁶⁵. Dans l'attente de savoir quels seront demain les composants de cette nouvelle synthèse, force est de constater que la dialectique de l'arbitrage international impliquant des parties étatiques suit son cours.

1

Le présent article n'engage que son auteur et ne prétend exprimer, en aucune manière, ni la position de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI ni celle de son Secrétariat. L'auteur remercie Adriana Cely, Ximena Herrera et Maria Leticia Ossa de lui avoir aidé à faire les recherches nécessaires à cette étude, ainsi que Virginia Hamilton de l'assistance apportée à sa rédaction.

2

« Contrat d'Etat. Contrat conclu entre un Etat souverain et une personne privée. V. internationalisation (sens 3) » (G. Cornu, Vocabulaire juridique, 3e éd., Paris, PUF, 2002, p. 223). « Internationalisation. 3 Soumission au droit international (public) d'un contrat d'Etat, destiné à soustraire celui-ci à l'ordre juridique interne de cet Etat » (ibid., p. 485). P. Mayer, « La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat » (1986) 113 J.D.I. 5, aux p. 9 à 11, distingue entre « contrat d'Etat stricto sensu » et « contrat d'Etat au sens large ». Le premier est conclu entre un Etat souverain et une société de droit privé étrangère, le second entre une émanation de l'Etat et une société de droit privé étrangère. Dans le présent article, le terme « contrat d'Etat » s'entend au sens plus large. Pour une étude récente et magistrale de la problématique des contrats d'Etat voir Ch. Leben, « La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements », Académie de droit international de la Haye, Recueil des cours, vol. 302 (2003), p. 197 à 386.

3

Une décision récente sur la compétence du tribunal dans une affaire du Centre international pour le règlement des différends en matière d'investissements (CIRDI) nous invite à mettre le mot « jurisprudence » entre guillemets. En effet, le tribunal arbitral dans cette affaire affirme, au paragraphe 97 de sa décision, comme suit : « This raises a question whether, nonetheless, the present Tribunal should defer to the answers given by the SGS v. Pakistan Tribunal. The ICSID Convention provides only that awards rendered under it are « binding on the parties » (Article 53(1)), a provision which might be regarded as directed to the res judicata effect of awards rather than their impact as precedents in later cases. In the Tribunal's view, although different tribunals constituted under the ICSID system should in general seek to act consistently with each other, in the end it must be for each tribunal to exercise its competence in accordance with the applicable law, which will by definition be different for each BIT and each Respondent State. Moreover there is no doctrine of precedent in international law, if by precedent is meant a rule of the binding effect of a single decision. There is no hierarchy of international tribunals, and even if there were, there is no good reason for allowing the first tribunal in time to resolve issues for all later tribunals. It must be initially for the control mechanisms provided for under the BIT and the ICSID Convention, and in the longer term for the development of a common legal opinion or jurisprudence constante, to resolve the difficult legal questions discussed by the SGS v. Pakistan Tribunal and also in the present decision. » affaire CIRDI n° ARB/02/6, SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. République des Philippines (ci-après l'affaire SGS c. Philippines), décision du tribunal sur l'exception d'incompétence, 29 janvier 2004, p. 37, disponible sur <www.worldbank.org/icsid>.

4

Voir par ex. Y. Derains, « Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale » (1993) 120 J.D.I. 829.

5

Voir par ex. l'article 177(2) de la loi fédérale suisse sur le droit international privé de 1987 (« Si une partie à la convention d'arbitrage est un Etat, une entreprise

dominée ou une organisation contrôlée par lui, cette partie ne peut invoquer son propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige ou sa capacité d'être partie à un arbitrage ») et l'article 2(2) de la loi espagnole sur l'arbitrage de 2003, qui est clairement inspiré du premier (« Lorsque l'arbitrage est international et que l'une des parties est un Etat ou une société, organisation ou entreprise contrôlée par un Etat, cette partie ne pourra invoquer les prérogatives de son droit national pour se soustraire aux obligations découlant de la convention d'arbitrage » (trad. [2004] Rev. arb. 460). Sur ces dispositions voir R. Briner, « Commentaire à l'article 177 de la Loi suisse de 1987 sur le droit international privé » dans S.V. Berti et al., dir., *International Arbitration in Switzerland - An Introduction and A Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute*, Helbing & Lichtenhahn/Kluwer Law International, 2000, p. 317-326 ; F. Mantilla-Serrano, « La nouvelle loi espagnole du 23 décembre 2003 sur l'arbitrage » [2004] Rev. arb. 225 à la p. 246.

6

Voir par ex. l'arrêt Gatoil de la cour d'appel de Paris du 17 décembre 1991, [1993] Rev. arb. 281 (note H. Synvet).

7

Voir E. Silva Romero, « L'arbitrage de la Chambre de commerce internationale et les contrats d'Etat », (2002) 13 :1 Bull. CI Arb. CCI 35.

8

Voir par ex. l'excellente conférence du Comité français de l'arbitrage, organisée par Ph. Leboulanger le 24 janvier 2003, sur les Etats dans le contentieux économique international, [2003] Rev. arb. 613 à 1096.

9

Voir par ex. E. Gaillard, « L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements » [2003] Rev. arb. 853.

10

Dont a fait état A. Escobar dans son intervention intitulée « Argentina's Deluge of Investor-State Arbitration Proceedings » lors du colloque du 3 mai 2004 organisé par l'Institut des Hautes Etudes Internationales de l'Université Paris II sur les nouveaux développements dans le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement international.

11

Voir E. Silva Romero, supra note 7, § 3 à 8.

12

Voir par ex. Aristote, *Ethique à Nicomaque*, Livre V, nouv. trad. avec introd., notes et index par J. Tricot, Paris, Vrin, 1994.

13

Voir G.W.F. Hegel, *Phénoménologie de l'esprit*, introd. et trad. par J. Hyppolite, Paris, Aubier, 1999, p. 74 et 75.

14

Dans plusieurs des sentences examinées, le tribunal arbitral divise l'étude de chaque point litigieux (et notamment ceux relatifs à la compétence arbitrale) en « position de la partie défenderesse », « position de la partie demanderesse » et « décision du tribunal arbitral ». Cette division correspond parfaitement à la dialectique décrite ci-dessus.

15

Voir par ex., J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 1994 à la p. 305 et s.

16

J. Bodin, *Les Six livres de la République*, éd. G. Mairet, Paris, Le Livre de Poche, 1993.

17

Cette exigence est tantôt édictée par la loi (comme dans le cas de l'entreprise colombienne de pétroles, Ecopetrol, pour certains types de contrats) tantôt inscrite dans le contrat.

18

« Un arbitrage est international si : a) les parties à une convention d'arbitrage ont, au moment de la conclusion de ladite convention, leur établissement dans des Etats différents ; ou b) un des lieux ci-après est situé hors de l'Etat dans lequel les parties ont leur établissement : i) le lieu de l'arbitrage, s'il est stipulé dans la convention d'arbitrage ou déterminé en vertu de cette convention ; ii) tout lieu où doit être exécutée une partie substantielle des obligations issues de la relation commerciale ou le lieu avec lequel l'objet du différend a le lien le plus étroit ; ou c) les parties sont convenues expressément que l'objet de la convention d'arbitrage a des liens avec plus d'un pays ».

19

Ce n'est sans doute pas par hasard que maints Etats en développement ont adopté, totalement ou partiellement, la définition formelle du caractère international d'un arbitrage proposée par la CNUDCI. On peut citer, par ex., en Amérique Latine, le Chili, la Colombie, le Panama, le Pérou et le Venezuela.

20

Voir par ex. l'affaire CCI n° 6474, ci-après p. 111 à 115.

21

Sur la problématique de l'arbitrabilité subjective, voir Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration, La Haye, Kluwer Law International, 1999 à la p. 313 et s. ; E. Silva-Romero, supra note 7, § 15 à 31.

22

Cet argument est souvent utilisé par les parties étatiques d'Amérique latine, où la notion de constitution revêt une importance capitale sous l'impact, semble-t-il, du positivisme formaliste de Hans Kelsen. Cette thèse a été développée par Ph. Dunham dans son intervention intitulée « Constitutional Law and Arbitration in Latin America » à l'occasion de la journée consacrée à l'arbitrage en Amérique latine organisée par la CCI le 17 septembre 2004 à Curitiba, Brésil.

23

Voir par ex. les arrêts du Conseil d'Etat libanais du 17 juillet 2001 dans les affaires Etat libanais c. Société FTML (Cellis) SAL et Etat libanais c. Libancell SAL, [2001] Rev. arb 855 (note Marie Sfeir-Slim et Hadi Slim). Conscient des répercussions négatives de ces décisions sur l'investissement étranger, le législateur libanais a modifié, par la loi n° 440/2002 du 29 juillet 2002, sept articles du Nouveau Code de procédure civile libanais. Sur cette loi voir N. Comair-Obeid, « La réforme de la loi libanaise de l'arbitrage : impact et conséquences » (2003) 14 :1 Bull. CI Arb. CCI 49.

24

On trouve, parmi les décisions récentes rendues dans le cadre d'affaires du CIRDI, plusieurs exemples de ce type d'objections à la compétence arbitrale. Pour un commentaire de celles portant sur la question de la nationalité de l'investisseur voir E. Gaillard, La jurisprudence du CIRDI, Paris, Pedone, 2004. En général, la compétence en matière d'arbitrage CIRDI est régie par l'article 25 de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats signée à Washington le 18 mars 1965 (ci-après « Convention de Washington »).

25

Voir E. Gaillard, *ibid.*

26

Voir E. Gaillard, « Il est interdit d'interdire : réflexions sur l'utilisation des anti-suit injunctions dans l'arbitrage commercial international » [2004] Rev. arb. 47.

27

La célèbre affaire brésilienne Copel. Voir le jugement rendu le 3 juin 2003 par le juge de première instance de Curitiba, Josély Dittrich Ribas, dans l'affaire Companhia Paranaense de Energia c. UEG Araucária Ltda et la décision du 26 juin 2003 de la cour d'appel de l'Etat de Paraná (Des. Leonardo Lustosa, Relator) rendue sur l'appel formé contre ce jugement. Une troisième décision annulant la clause compromissoire CCI insérée dans le contrat d'Etat a été prononcée le 15 mars 2004 par le juge de première instance de Curitiba, Josély Dittrich Ribas.

28

L'affaire argentine non moins célèbre Yaciretá. Voir l'arrêt du 29 septembre 2004 du juge fédéral Claudia Rodríguez Vidal dans l'affaire *Empresas reunidas Impregilo-Dumez y asociados para Yaciretá Unión transitoria de empresas - Eriday UTE y Entidad binacional Yaciretá*. En l'espèce, le problème pratique majeur est que deux des trois arbitres résident dans la ville du siège de l'arbitrage et pourraient faire l'objet de sanctions pénales si le tribunal arbitral décidait, malgré l'injonction anti-arbitrage rendue par le juge étatique du siège de l'arbitrage, que la procédure arbitrale devait continuer.

29

Pour une critique de cette décision voir F. Mantilla-Serrano, « Termorío : un duro golpe al arbitraje » [2004] *Revista Internacional de Arbitraje* 191.

30

Sur les clauses de stabilisation voir par ex. A. Giardina, « Clauses de stabilisation et clauses d'arbitrage : vers l'assouplissement de leur effet obligatoire ? » [2003] *Rev. arb.* 647.

31

Sur l'immunité d'exécution voir par ex. F. Knoepfler, « L'immunité d'exécution contre les Etats » [2003] *Rev. arb.* 1017.

32

Voir C. Annacker et R. Grieg, « Immunité des Etats et arbitrage » dans le présent numéro, p. 75 à 85.

33

Sur la différence entre « Etat » et « Administration » voir P. Mayer, *supra* note 2 aux p. 8 à 14.

34

Voir Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, *supra* note 21, p. 42 et 43, § 73 et 74.

35

Voir l'article 1492 du Nouveau Code de procédure civile (« Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international. ») et le commentaire de celui-ci du Code Dalloz, éd. 2004, p. 698 (« Le caractère international d'un arbitrage doit être déterminé en fonction de la réalité économique du processus à l'occasion duquel il est mis en œuvre [...]. Il suffit, à cet égard, que l'opération économique réalise un transfert de biens, de services [...] Ou de fonds [...] A travers les frontières, la nationalité des parties, la loi applicable au contrat ou à l'arbitrage, de même que le lieu de l'arbitrage étant, en revanche, inopérants. »)

36

Au lieu de définir la notion d'umbrella clause, nous préférons simplement citer l'article X(2) du TBI conclu entre la Suisse et les Philippines dont il a été question dans l'affaire SGS c. Philippines : « Each Contracting Party shall observe any obligation it has assumed with regard to specific investments in its territory by investors of the other Contracting Party. »

37

Affaire CIRDI n° ARB/01/13, SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. République islamique du Pakistan, décision du 6 août 2003 sur l'exception d'incompétence, (2003) 18 ICSID Rev. 290 (note M. Polasek).

38

Voir supra note 3.

39

Voir, sur ces deux affaires, A.S. ElKosheri, « Contractual Claims and Treaty Claims Within the ICSID Arbitration System », paper presented at the 2004 Annual Meeting of the ICC Institute of World Business Law [à paraître]. Voir aussi Th.W. Wälde, « The « Umbrella » (or Sanctity of Contract/Pacta Sunt Servanda) Clause in Investment Arbitration: A Comment on Original Intentions and Recent Cases », colloque du 3 mai 2004 organisé par l'Institut des Hautes Etudes Internationales de l'Université Paris II sur les nouveaux développements dans le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement international [à paraître].

40

Voir § 32 et 33 ci-dessus.

41

Voir § 17-27 ci-dessus.

42

Voir par ex. l'affaire CCI n° 6474, ciaprès pp. 111 à 115.

43

Voir par ex. l'arrêt Jaguar du 7 décembre 1994 de la cour d'appel de Paris, Ire Ch. D, Société V. 2000 ancien Jaguar France c. Société Project XJ 220 Ltd et autres, [1995] Rev. trim. droit com. 401 (note Dubarry et Loquin).

44

Voir E. Gaillard, *supra* note 32.

45

En s'appuyant sur l'article 3 des Articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite : « La qualification du fait de l'Etat comme internationalement illicite relève du droit international. Une telle qualification n'est pas affectée par la qualification du même fait comme licite par le droit interne. » (Voir J. Crawford, *Les Articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat : Introduction, texte et commentaires*, Paris, Pedone, 2003) ; ou, dans le cadre de l'arbitrage CIRDI, sur l'article 42 de la Convention de Washington : « Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend - y compris les règles relatives aux conflits de lois - ainsi que les principes de droit international en la matière ». (Voir E. Gaillard et Y. Banifatemi, « The Meaning of « and » in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention : The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process » (2003) 18 ICSID Rev. 375.)

46

Voir par ex. les affaires CCI nos 7110 ((1999) 10 :2 Bull. CI Arb. CCI 40) et 9474 ((2001) 12 :2 Bull. CI Arb. CCI 64).

47

Il en a été ainsi dans trois affaires CCI concernant plusieurs concessions du service public des télécommunications.

48

« Le consentement des parties à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention est, sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours. »

49

Voir par ex. l'affaire CCI n° 6474, ciaprès p. 111 à 115.

50

Sur la qualification du contrat d'Etat voir Ph. Leboulanger, « Quelques questions abordées dans les sentences CCI en matière de contrats d'Etat » dans le présent numéro, p. 104 et s.

51

Voir J.-F. Poudret et S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant/LGDJ/Schulthess, 2002, p. 233 et s.

52

Voir par ex l'affaire CCI n° 8035, J.J. Arnaldez, Y. Derains et D. Hascher, Recueil des sentences arbitrales de la CCI 1996-2000, Kluwer Law International/ICC Publishing, 2003, p. 455 ; (1997) 124 J.D.I. 1040.

53

Voir E. Gaillard, supra note 32.

54

A cet effet voir C.H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 121 et s.

55

Voir par ex. l'affaire CIRDI n° ARB/03/11, Joy Mining Machinery Limited c. République arabe d'Egypte, sentence du 6 août 2004 sur la compétence, p. 14, <www.asil.org/ilib/JoyMining_Egypt.pdf>.

56

Voir J. Crawford et A. Sinclair, « Application aux contrats de l'Etat des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international » (2002) Supplément spécial Bull. CI Arb. CCI, p. 59.

57

Voir par ex. l'affaire CCI n° 7365, ciaprès p. 117 à 118.

58

« Dans tous les cas, le tribunal arbitral tient compte des dispositions du contrat et des usages du commerce pertinents. »

59

Article 13(3) du règlement d'arbitrage de la CCI de 1988 : « Les parties sont libres de déterminer le droit que l'arbitre devra appliquer au fond du litige. A défaut d'indication par les parties du droit applicable, l'arbitre appliquera la loi désignée par la règle de conflit qu'il jugera appropriée en l'espèce ».

60

Article 17(1) du règlement d'arbitrage de la CCI de 1998 : « Les parties sont libres de choisir les règles de droit que le tribunal arbitral devra appliquer au fond du litige. A défaut de choix par les parties des règles de droit applicables, l'arbitre appliquera les règles de droit qu'il juge appropriées ».

61

Sur la force majeure voir Ph. Leboulanger, « Quelques questions abordées dans les sentences CCI en matière de contrats d'Etat » dans le présent numéro, p. 106 et s.

62

[2001] Rev. arb. 114 (note Ph. Leboulanger).

63

« 1. La sentence arbitrale est définitive. 2. Par la soumission de leur différend à l'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale, les parties s'engagent à exécuter sans délai la sentence à intervenir et renoncent à toutes voies de recours auxquelles elles peuvent renoncer. » Le règlement d'arbitrage de la CCI de 1998, actuellement en vigueur, comprend dans son article 28(6) une disposition similaire : « Toute sentence arbitrale revêt un caractère obligatoire pour les parties. Par la soumission de leur différend au présent Règlement, les parties s'engagent à exécuter sans délai la sentence à intervenir, et sont réputées avoir renoncé à toutes voies de recours auxquelles elles peuvent valablement renoncer. »

64

[2001] Rev. arb. 114.

65

La procédure d'exécution forcée s'applique même à une sentence arbitrale du CIRDI conformément à l'article 54(1) de la Convention de Washington : « Chaque Etat contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente Convention comme obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit Etat. »
