

Remarques de Nassib G. Ziadé

Deuxième Rencontre Mondiale des Sociétés pour le Droit
International intitulée :

« Les défis actuels au droit international :
Le Rôle des Sociétés pour le Droit International »

Table ronde plénière sous la présidence de la Vice-Présidente de la
Cour internationale de Justice, Hanqin Xue, intitulée :

« Ombres et lumières sur le règlement pacifique des différends
internationaux »

Académie de droit international de La Haye, Palais de la Paix

La Haye

2 Septembre 2019

Le “marché” du droit de l’investissement : le CIRDI et les centres régionaux d’arbitrage : Compétition ou complémentarité

L’invitation à participer à ce colloque m’ayant été initialement adressée en langue française, c’est à cette langue que j’aurai recours dans mon intervention. Je favoriserais dans un souci d’équilibre l’usage de la langue anglaise dans mes réponses aux questions si elles venaient à être posées.

Y a-t-il compétition ou complémentarité entre le CIRDI et les centres régionaux d’arbitrage s’agissant de l’administration des différends nés du droit de l’investissement ? Telle est la question à laquelle les organisateurs de ce colloque m’ont invité à répondre. Vu que je suis le dernier intervenant à devoir m’exprimer aujourd’hui et que l’heure avance, je serais enclin à répondre sommairement qu’il n’y a ni compétition ni complémentarité, le CIRDI ayant instauré un système d’arbitrage entièrement délocalisé qu’aucun autre système d’arbitrage, ce me semble, ne saurait égaler. Qui de nous ne connaît en effet ce fameux article 54 de la Convention du CIRDI qui impose à tout État contractant du CIRDI (et il y en a aujourd’hui 154) de reconnaître comme obligatoire une sentence CIRDI et d’assurer l’exécution sur son territoire des obligations pécuniaires imposées par la sentence comme s’il s’agissait d’un jugement définitif rendu par un tribunal de cet État ? Pas même l’exception d’ordre public ne saurait intervenir pour entraver l’exécution d’une sentence CIRDI.

À la réflexion cependant, la réponse se doit d’être quelque peu plus nuancée. Si le CIRDI continue aujourd’hui à être le système dominant pour la résolution des différends nés des investissements, il n’est plus le système exclusif. Un rapport de la Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement (CNUCED) nous enseigne qu’à la fin du mois d’août 2019, on recensait 942 affaires connues qui étaient soumises à l’arbitrage en vertu d’un traité d’investissement. Sur ces 942 affaires, 594 étaient administrées par le CIRDI, 137 par la Cour permanente d’arbitrage, 47 par l’Institut d’arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, 17 par la Cour d’arbitrage de la CCI, 5 par la London Court of Arbitration, 3 par la Chambre de commerce et d’industrie de Moscou et 2 par le Centre régional d’arbitrage commercial international du Caire. Comme ces chiffres l’indiquent, si début de compétition sérieuse existe, celle-ci ne profite guère aux centres régionaux d’arbitrage qui n’administrent qu’un nombre infime d’arbitrages en matière d’investissement mais plutôt aux centres d’arbitrage qui se veulent à vocation universelle.

Cette conclusion ne saurait surprendre puisque les traités d’investissement, y compris ceux conclus entre pays émergents, renvoient presque exclusivement aux centres d’arbitrage implantés en Occident. Une exception semble se dessiner.

L'Égypte a conclu durant les dernières années des traités bilatéraux d'investissement avec des pays aussi variés que Chypre, la Suisse, le Tchad et la Zambie prévoyant parmi les options ouvertes aux investisseurs le recours au Centre régional d'arbitrage commercial international du Caire. Par ailleurs, le traité bilatéral d'investissement conclu en l'an 2000 entre la Libye et le Maroc permet également, entre autres options, le recours au Centre d'arbitrage du Caire et a donné lieu à une telle procédure. Comme indiqué précédemment toutefois, de tels recours demeurent marginaux.

Les centres d'arbitrage implantés en Occident qui se veulent à vocation universelle, tel que le CIRDI, auxquels renvoient les traités d'investissement existants font l'objet aujourd'hui d'une certaine remise en question de la part des États émergents. On leur reproche notamment une représentation insuffisante et en tout cas inadéquate des ressortissants de pays émergents au sein des tribunaux arbitraux. Dans le cas du CIRDI, on ne manque pas de relever que si un grand nombre d'affaires étaient portées contre les pays d'Europe de l'Est, de l'Asie centrale, du Moyen Orient, de l'Afrique du Nord et de l'Afrique sub-saharienne (68% par exemple en 2013 et 59% en 2018), les arbitres originaires de l'ensemble de ces pays ne dépassaient pas pour les mêmes années 4% en 2013 et 11% en 2018.

Parmi les autres griefs majeurs que les États émergents et autres acteurs reprochent au CIRDI et aux autres institutions d'arbitrage spécialisées, on compte l'absence de séparation entre les fonctions d'arbitre et de conseil – qui permet à l'arbitre d'agir parfois de manière concomitante comme conseil dans une autre affaire qui soulève des questions juridiques similaires – ainsi que le refus du CIRDI et des institutions arbitrales spécialisées en matière d'investissement d'intervenir et d'élaborer des directives ou des codes de conduite qui s'appliqueraient aux participants à leurs procédures.

Malgré cette remise en question par de nombreux pays émergents des centres d'arbitrage implantés en Occident, c'est vers ces centres d'arbitrage que continueront à converger durant les prochaines années les procédures arbitrales présentées conformément aux traités d'investissement.

Il reste un domaine cependant dans lequel les centres régionaux d'arbitrage seraient susceptibles d'attirer des affaires d'investissement, à savoir l'administration de l'arbitrage *ad hoc*. Pour ne citer que le cas du monde arabe ou plus largement du monde islamique, deux conventions régionales conclues au début des années 80 et qui étaient passées aux oubliettes pendant plusieurs décennies ont connu durant les dernières années un regain d'intérêt subit.

La première est l'Accord unifié pour l'investissement du capital arabe dans les pays arabes de 1980. Conformément à cet Accord, les litiges entre un État contractant et le ressortissant d'un autre État contractant peuvent être réglés par conciliation ou arbitrage *ad hoc* ou par la Cour arabe d'investissement. Celle-ci créée en 1985 a rendu un premier jugement en 2005 suivi par d'autres jugements. Il n'est pas indiscret de souligner que tous les jugements de cette Cour sans exception ont été rendus en faveur de l'État arabe hôte d'investissement, ce qui ne manquera pas d'étonner pour ne pas dire inquiéter. Il n'en reste pas moins que divers traités bilatéraux conclus entre des pays arabes ainsi que les lois de certains pays arabes permettent à l'investisseur de recourir à cette Cour. Quant à l'arbitrage *ad hoc* prévu par l'Accord, il a donné lieu à une procédure arbitrale intentée en 2012 qui a abouti à une sentence rendue au Caire en 2013 et qui a fait l'objet depuis de divers recours devant les tribunaux égyptiens et français.

La seconde convention régionale est l'Accord de 1981 sur la promotion, la protection et la garantie des investissements entre les États membres de l'Organisation de la Conférence islamique. Cet accord prévoyant le recours à l'arbitrage *ad hoc* qui somnolait pendant plusieurs décennies a fait l'objet durant les dernières années d'une activité intense.

Ce sont de tels arbitrages *ad hoc* prévus par des conventions d'investissement régionales qui donnent aux centres régionaux d'investissement leurs meilleures chances d'attirer des affaires d'investissement. Encore faudrait-il que ces centres régionaux opèrent conformément à des standards internationaux. Il leur faudrait d'abord s'équiper de règlements d'arbitrage modernes ce qui ne devrait pas poser de problèmes majeurs vu l'existence de plusieurs règlements d'arbitrage ayant résisté à l'épreuve du temps dont ils pourraient s'inspirer. Il leur faudrait ensuite recruter un personnel qualifié et mettre en place des listes d'arbitres expérimentés en veillant au respect de la diversité dans les nominations d'arbitres. Il faudrait surtout que les pays dans lesquels ces centres régionaux sont implantés se dotent de lois d'arbitrage modernes et donnent aux arbitres des garanties d'immunités et que leurs tribunaux prennent des positions favorables à l'égard de l'arbitrage. À cet égard, des décisions maladroitement même ponctuelles de la part de certains tribunaux nationaux et des législations défavorables à l'arbitrage adoptées à la va-vite même lorsqu'elles sont rapidement retirées par la suite peuvent causer des dommages durables aux centres régionaux d'arbitrage opérant dans ces pays. Tel est le plus grand défi qui se pose à ces centres régionaux d'arbitrage s'ils veulent se positionner sur le marché de l'investissement.

En discutant le sujet qui m'a été assigné par les organisateurs de ces deux journées de réflexion, je ne peux m'empêcher de relever que le véritable enjeu aujourd'hui n'est pas l'émulation entre le CIRDI et les centres régionaux d'arbitrage mais réside plutôt dans la proposition avancée pour substituer à l'arbitrage en matière

d'investissement une cour permanente d'investissement. Je réalise cependant que tel n'est pas mon sujet et que le temps presse et je voudrais garder toutes mes chances d'être invité à vous en parler lors d'une prochaine rencontre. Avant de m'effacer toutefois, je remercie les organisateurs de ce colloque de nous avoir donné l'opportunité d'échanger et d'apprendre sur tous ces sujets d'actualité.