

## CHAPITRE 21

# COMPÉTENCE ET RECEVABILITÉ DANS LE DROIT DE L'ARBITRAGE EN MATIÈRE D'INVESTISSEMENTS

YAS BANIFATEMI\*

et

EMMANUEL JACOMY\*\*

La procédure civile en droit français pose une distinction claire entre les notions de compétence et de recevabilité. La première fait partie des exceptions de procédure régies par les articles 73 à 121 du Code de procédure civile ; elle consiste à soutenir que le juge saisi par le demandeur n'est pas le bon, conformément aux règles de répartition des compétences entre juridictions établies par l'ordre juridique interne<sup>1</sup>. L'exception d'incompétence fait obstacle à la procédure engagée par le demandeur, généralement de manière temporaire, puisqu'un autre juge, compétent cette fois-ci, peut alors être saisi. L'exception de recevabilité fait, quant à elle, partie des fins de non-recevoir régies par les articles 122 à 126 du même code<sup>2</sup>. Elle fait grief non pas à la procédure engagée par le demandeur mais à la demande elle-même, qu'elle vise généralement à éteindre de manière définitive, avant tout examen au fond, indépendamment du juge saisi ou de la procédure engagée. Il s'agit par exemple de soutenir que le demandeur n'a pas d'intérêt à agir, que la demande est prescrite ou qu'elle a déjà été jugée<sup>3</sup>.

---

\* Yas BANIFATEMI est une spécialiste du droit de l'arbitrage en matière d'investissements. Elle est associée dans le Groupe Arbitrage international du cabinet Shearman & Sterling LLP, et en dirige le département de Droit international public. Elle enseigne la matière à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I).

\*\* Emmanuel JACOMY est collaborateur senior au sein du Groupe Arbitrage international du cabinet Shearman & Sterling LLP, basé à Singapour.

<sup>1</sup> La notion de compétence en droit interne est définie comme « l'[a]ptitude (à connaître d'une affaire) déterminée par l'ordre auquel appartient la juridiction (tribunal civil ou juridiction répressive), par le degré de la juridiction (juge d'appel ou de première instance), par la nature de la juridiction (commerciale, prud'homale) et celle des affaires (divorce, filiation, etc.) » : v. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 7<sup>ème</sup> éd., PUF, 2005, p. 186.

<sup>2</sup> Code de procédure civile, article 73 : « Constitue une exception de procédure tout moyen qui tend soit à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, soit à en suspendre le cours » ; Code de procédure civile, article 122 : « Constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée ».

<sup>3</sup> La recevabilité est définie en doctrine comme le « caractère d'un recours ou d'une proposition qui remplit les conditions préalables exigées pour que l'organe saisi puisse passer à l'examen du fond en vue de discuter, amender, adopter ou rejeter » : v. G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 753.

La distinction entre ces deux notions est moins claire en droit international. Plusieurs tentatives de conceptualisation ont été proposées en doctrine, ainsi qu'un certain nombre de critères pour distinguer les deux notions, mais ils n'ont pas mis fin aux difficultés de qualification, comme en témoignent plusieurs sentences récentes rendues en matière de droit des investissements. Invités à statuer sur des exceptions de nature identique, parfois soulevées sur le fondement de traités, voire de standards identiques – par exemple sur le non-respect par l'investisseur de conditions procédurales préalables à l'arbitrage – les tribunaux constitués dans ces affaires ont retenu des qualifications opposées. Plusieurs auteurs et tribunaux sont allés jusqu'à remettre en cause la pertinence de la notion en droit international, estimant qu'elle serait « superflue », « sans portée pratique », sinon « inappropriée »<sup>4</sup>.

Tel n'est pourtant pas le cas. La distinction est fondamentale et emporte des conséquences essentielles sur les voies de recours disponibles à l'encontre de la sentence. De manière plus générale, une qualification judicieuse des exceptions soulevées entre compétence et recevabilité, trop souvent négligée par les plaideurs, peut avoir un impact décisif sur la procédure suivie par le tribunal et les sanctions à sa disposition en cas de succès de l'exception (II).

Dans ce contexte, il n'est pas inutile d'avoir recours à la doctrine de droit international public pour tenter d'éclairer la distinction. Une exception d'incompétence consiste, en droit international, à soutenir que les parties, pour une raison ou une autre, n'ont pas consenti à ce que la juridiction saisie exerce son pouvoir juridictionnel à leur égard ; une exception d'irrecevabilité consiste pour sa part à solliciter le rejet de la demande pour une autre raison, à titre liminaire, avant tout examen du fond. Pour déterminer si une exception constitue une exception d'incompétence ou d'irrecevabilité, le critère déterminant est par conséquent de savoir si cette exception porte ou non sur l'existence ou la portée du consentement de l'Etat à l'arbitrage (I).

Cette proposition, héritée du droit international public, permet de mieux appréhender certaines controverses récentes en matière de droit des investissements. Si en effet, dans la plupart des cas, la question de savoir si une exception concerne le consentement de l'Etat à l'arbitrage ne fait aucun doute, la question est plus délicate dans d'autres situations. C'est notamment le cas lorsque l'exception porte, par exemple, sur le non-respect de conditions procédurales préalables à l'arbitrage, l'existence de procédures parallèles ou la présence d'un nombre important de demandeurs. En fonction des faits de l'espèce et de la rédaction des traités, les arbitres disposent dans ces matières d'une marge d'interprétation qui a pu conduire à la formulation de solutions divergentes, quoique certains auteurs et tribunaux aient semblé retenir à cet égard des positions excessivement formalistes (III).

---

<sup>4</sup> V. *infra*, Partie II, pp. 784 et s.

## I. UNE DISTINCTION IMPORTANTE HÉRITÉE DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

La distinction entre les notions de compétence et recevabilité en droit international a été conceptualisée pour la première fois par la doctrine en droit international public, dans le contexte du contentieux porté devant la Cour internationale de Justice (« CIJ » ou « Cour ») (A). Cette distinction repose essentiellement sur une définition négative de la notion de recevabilité par rapport à celle de compétence, qui soulève certaines difficultés d'interprétation (B).

### A. Une distinction essentiellement doctrinale

On peut s'interroger sur l'intérêt que présente l'héritage du droit international public pour éclairer les notions de compétence et de recevabilité en matière d'arbitrage entre investisseurs et Etats. Nombreux sont en effet les tribunaux arbitraux statuant en la matière qui se sont expressément démarqués de cet héritage, certains auteurs émettant certaines réserves à l'égard de l'invocation de la jurisprudence de la CIJ dans ce domaine<sup>5</sup>.

Il est vrai que la distinction n'est pas inscrite dans les textes : ni le statut de la Cour Permanente de Justice internationale (« CPJI ») ni celui de la CIJ ne font référence à la condition de recevabilité. Ils n'envisagent que la question de

---

<sup>5</sup> V. notamment J. PAULSSON, « Jurisdiction and Admissibility », in G. AKSEN, K.-H. BÖCKSTIEGEL, M. J. MUSTILL, P. M. PATOCCHI, A. M. WHITESELL (eds), *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution. Liber Amicorum in Honour of Robert Briner*, 2005, pp. 601-617, spéc. 602-603. L'auteur invoque en particulier le fait que, pour une juridiction de premier et dernier ressort, la distinction opérée entre les notions de compétence et recevabilité par la CIJ est une « pure abstraction » sans véritable conséquence pratique. Plusieurs tribunaux arbitraux ou arbitres ont considéré qu'il en était de même en matière d'arbitrage international, notamment dans le contexte de l'arbitrage CIRDI : v. notamment *infra*, Partie II, pp. 784 et s. et les sentences *Impregilo S.p.A. c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/07/17, Sentence, 21 juin 2011, Opinion concurrente et dissidente de B. Stern, 83 (« *There appears to be no legal reason to treat differently these two types of requirements that condition the State's consent* ») ; *Renta 4 S.V.S.A et al. c. Fédération de Russie*, Affaire SCC n° 24/2007, Sentence sur les Objections Préliminaires et Opinion dissidente de C. Brower, 20 mars 2009, § 10 (« *[T]here is no reason to differentiate between admissibility-related aspects of accessing investor-State arbitration and matters of jurisdiction* ») ; *CMS Gas Transmission Company c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/01/8, Décision sur les Objections à la Compétence, 17 juillet 2003, § 41 (« *The distinction between admissibility and jurisdiction does not appear quite appropriate in the context of ICSID as the Convention deals only with jurisdiction and competence* ») ; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/01/3, Décision sur la Compétence, 14 janvier 2004, § 33 (« *The distinction between admissibility and jurisdiction does not appear to be necessary in the context of the ICSID Convention, which deals only with jurisdiction and competence* ») ; *Consortium Groupement L.E.S.I.- DIPENTA c. République Algérienne Démocratique et Populaire*, Affaire CIRDI n° ARB/03/08, Sentence, 10 janvier 2005, § 2 (« *[d]ans les procédures CIRDI, la distinction est sans portée pratique, à la différence de ce qui peut valoir dans d'autres procédures arbitrales* ») ; *Burlington Resources Inc. c. Republic of Ecuador*, Affaire CIRDI n° ARB/08/5, Décision sur la compétence, 2 juin 2010, § 340 (« *[I]n ICSID arbitration the inadmissibility of claims has the same consequence as the failure to meet the requirements for jurisdiction under Article 25 of the ICSID Convention or the BIT, such consequence being that the Tribunal cannot exercise jurisdiction over the dispute* »).

compétence. La notion de recevabilité est envisagée dans l'article 79(1) du Règlement de la Cour, qui prévoit que les exceptions « à la compétence de la Cour ou à la recevabilité de la requête » doivent être présentées de façon liminaire, mais le texte ne fournit aucune indication sur les critères à retenir pour distinguer les deux notions<sup>6</sup>. La jurisprudence de la CPJI et de la CIJ n'est du reste pas cohérente en la matière, et plus d'une fois ces juridictions ont semblé remettre en question l'intérêt même d'une distinction entre incompétence et fin de non-recevoir ou entre compétence et recevabilité<sup>7</sup>.

C'est pourtant dans le contexte du contentieux porté devant la CIJ que la doctrine a, pour la première fois, conceptualisé la distinction entre les notions de compétence et de recevabilité en droit international, et ses enseignements méritent que l'on s'y arrête. Ainsi dans son étude sur « *The Law and Procedure of the International Court of Justice* », Sir Gerald Fitzmaurice a formulé la distinction de la manière suivante :

« [T]here is a clear jurisprudential distinction between an objection to the jurisdiction of the tribunal, and an objection to the substantive admissibility of the claim. The latter is a plea that the tribunal should rule the claim to be inadmissible on some ground other than its ultimate merits: the former is a plea that the tribunal itself is incompetent to give any ruling at all whether as to the merits or as to the admissibility of the claim ».<sup>8</sup>

Dans cette logique, relèvent de la recevabilité les exceptions qui visent au rejet de la demande pour des raisons autres que des raisons directement liées au fond, sans pour autant constituer des objections à la compétence. Cette définition négative a été reprise par la CIJ dans sa jurisprudence postérieure, ainsi que par

<sup>6</sup> L'article 79 du Règlement de la Cour prévoit que « [t]oute exception à la compétence de la Cour ou à la recevabilité de la requête ou toute autre exception sur laquelle le défendeur demande une décision avant que la procédure sur le fond se poursuive doit être présentée par écrit dès que possible, et au plus tard trois mois après le dépôt du mémoire ».

<sup>7</sup> V. par exemple *Affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine, Grèce c. Grande-Bretagne*, 30 août 1924, CPJI Série A, n° 2, pp. 6-37, spéc. p. 10 (« [la Cour] n'a pas à se demander notamment si compétence et juridiction, incompétence et fin de non-recevoir, doivent être considérées toujours et partout comme des expressions synonymes »); *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, Exceptions préliminaires, arrêt du 25 août 1925, CPJI Série A, n° 6, p. 5, spéc. p. 19 (« Que cette conclusion se qualifie d'exception, ou qu'elle prenne le nom de 'fin de non-recevoir', il est certain que rien, ni dans le Statut et dans le Règlement qui la régissent, ni dans les principes généraux du droit, n'empêche la Cour de s'en occuper dès à présent »); *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique*, 26 novembre 1984, *CIJ Recueil 1984*, pp. 392-443, spéc. § 84 (« Certains de ces motifs étaient en fait exposés en des termes donnant à penser qu'il s'agissait plus de questions de compétence ou de juridiction que de recevabilité ; toutefois leur classement à cet égard ne paraît pas être d'une importance décisive »). V. également *Affaire des essais nucléaires, Australie c. France*, Arrêt du 20 décembre 1974, Opinion dissidente commune de MM. Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchaga et Sir Humphrey Waldock, *CIJ Recueil 1974*, pp. 312-371, spéc. § 105 (« [N]i la pratique de la Cour permanente ni celle de la Cour actuelle ne tend à établir de distinction tranchée entre les exceptions préliminaires d'incompétence et celles d'irrecevabilité »).

<sup>8</sup> G. FITZMAURICE, « The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-1954 : Questions of Jurisdiction, Competence and Procedure », *BYBIL*, 1958, 34, 1-11, pp. 12-13.

de nombreux auteurs<sup>9</sup>. Ainsi par exemple, dans *l’Affaire des plateformes pétrolières*, la Cour a exprimé sa conception de la distinction entre compétence et recevabilité de la manière suivante :

« Normalement, une exception à la recevabilité consiste à affirmer que, quand bien même la Cour serait compétente et les faits exposés par l’Etat demandeur seraient tenus pour exacts, il n’en existe pas moins des raisons pour lesquelles il n’y a pas lieu pour la Cour de statuer au fond ».<sup>10</sup>

Quels que soient ses mérites, la distinction avancée par Fitzmaurice révèle cependant certaines limites. La notion de recevabilité n’est définie qu’en creux, par opposition à la compétence et au fond. Pour savoir ce qu’elle recouvre, il faut donc d’abord déterminer ce qui relève de la compétence et ce qui relève du fond.

### **B. Compétence de l’organe saisi et recevabilité de la demande : la recevabilité, une notion définie négativement par rapport à celles de compétence et de fond**

La recevabilité est d’abord définie comme une *exception préliminaire* qui ne relève pas directement du fond. D’apparence évidente, la distinction est en réalité parfois délicate. Il n’est pas inhabituel en effet que des plaideurs, pour tenter d’obtenir le rejet des demandes à un stade préliminaire, présentent comme des exceptions d’irrecevabilité des arguments qui relèvent en réalité d’une défense au fond. Tout est ici question de degré, comme l’a indiqué Rosenne dans son étude sur la Cour internationale de Justice :

« *The distinction between a preliminary objection, especially to the admissibility, and a defense to the merits, is also subtle. As a rough rule of thumb, it is probable that when the facts and arguments in support of the objection are substantially the same as the facts and arguments on which the merits of the case depend, or when to decide the objection would require decision on what, in the*

<sup>9</sup> La terminologie est celle de M. Grange, (M. GRANGE, *Compétence du juge et recevabilité de la requête : leurs relations dans l’exercice du pouvoir juridictionnel – l’exemple de la Cour internationale de Justice*, Thèse Paris II, 7 décembre 2011, accessible sur le site internet <<https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/98850f98-d6b0-4ce5-9d61-8599778fe10f>>, dernier accès le 13 février 2014), spéc. p. 80. V. également J. PAULSSON, « Jurisdiction and Admissibility », *op. cit.*, p. 604 ; C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, Montchrestien, 2005, § 255 (« [L]’identification des conditions de recevabilité suppose logiquement la détermination des conditions de compétence, puisque celles-là sont telles seulement si elles ne sont pas incluses dans celles-ci ») ; I. BROWNLIE, *Public International Law*, Oxford, OUP, 2003, p. 457 (la définition figurant dans la dernière version de l’ouvrage ne reprend cependant pas cette qualification négative) ; D. WILLIAMS QC, Chapter 22: « Jurisdiction and Admissibility », in Peter MUCHLINSKI, F. ORTINO, Chr. SCHREUER, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, OUP, 2008, p. 919 ; G. ZEILER, « Jurisdiction, Competence and Admissibility of Claims in ICSID Arbitration Proceedings », in Chr. BINDER, U. KRIEBAUM, A. REINISCH, St. WITTICH, *International Investment Law for the 21<sup>st</sup> Century*, Oxford, OUP, 2009, p. 82.

<sup>10</sup> *Affaire des plateformes pétrolières, République islamique d’Iran c. Etats-Unis d’Amérique*, Arrêt du 6 novembre 2003, *CIJ Recueil 2003*, p. 177. V. également S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court 1920-2005*, Martinus Nijhoff Publ., 2006, p. 523.

*particular case, are substantive aspects of the merits, the plea is not an objection but a defense to the merits* »<sup>11</sup>.

Dans cette définition, s'il s'avère que la défense soulevée nécessite l'examen d'une partie importante des faits de l'espèce et du bien-fondé des demandes, il s'agira d'une défense au fond. Si la défense invoquée permet au contraire de rejeter la demande de façon préliminaire, sans procéder à une étude détaillée des prétentions des parties, il s'agira d'une exception de recevabilité. Ainsi dans *l'Affaire des plateformes pétrolières*, la CIJ a considéré que l'exception présentée par les Etats-Unis comme une exception d'irrecevabilité, à savoir que l'Iran n'avait pas les « mains propres », aurait exigé de la Cour qu'elle examine les actions de l'Iran et des Etats-Unis pendant la période litigieuse, c'est-à-dire les mêmes faits que la Cour devait examiner pour statuer sur le bien-fondé des demandes des Etats-Unis et la demande reconventionnelle de l'Iran. La Cour en a déduit qu'il ne s'agissait pas d'une exception d'irrecevabilité, mais d'une défense au fond<sup>12</sup>. Dans la logique adoptée par Rosenne, si, à l'inverse, la Cour avait pu statuer sur l'exception sans avoir à examiner une part importante des faits de l'espèce, celle-ci aurait tout à fait pu être qualifiée d'exception relevant de la recevabilité de la demande.

Définie par opposition au fond d'un côté, la notion de recevabilité est définie de l'autre par opposition à la compétence. Pour certains auteurs, qui voient deux dimensions distinctes dans la notion de compétence, celle-ci désigne d'abord l'aptitude de la juridiction à connaître d'une affaire et à la trancher en droit : c'est la compétence en tant que « pouvoir ». Elle désigne ensuite les types de rattachement qui conditionnent l'étendue de ce pouvoir, généralement définis par référence aux critères *ratione materiae*, *ratione personae* et *ratione temporis* (le droit interne imposant également la composante *ratione loci*) : c'est la compétence en tant que « sphère »<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> S. ROSENNE, *The Law and Practice of the International Court 1920-2005*, Martinus Nijhoff Publ., 2006, p. 881. V. également, dans le même sens, l'opinion de De Visscher et Rostworowski dans *l'Affaire du Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, CPII, Série A/B n° 76, spéc. p. 24 (« [U]ne exception s'offre *prima facie* comme préliminaire quand, par son objet ou par son but, elle apparaît comme dirigée contre l'instance, c'est-à-dire contre les conditions d'exercice de l'action et non contre le droit sur lequel cette action repose. Toutefois, pour lui reconnaître définitivement ce caractère, il est nécessaire de mesurer dans chaque espèce, la portée des arguments invoqués à son appui : selon que ceux-ci paraissent ou non susceptibles de préjuger le bien ou le mal-fondé de la demande, l'exception sera traitée comme préliminaire ou comme une défense au fond »).

<sup>12</sup> *Affaire des plateformes pétrolières, République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique*, Arrêt du 6 novembre 2003, CIJ Recueil 2003, 177. V. également, dans le même sens, *Demande en révision et en interprétation de l'arrêt du 24 février 1982 en l'affaire du Plateau continental, Tunisie c. Jamahiriya arabe libyenne*, Arrêt du 10 décembre 1985, CIJ Recueil 1985, p. 192., spéc. § 45 ; *Avena et autres ressortissants mexicains, Mexique c. Etats-Unis d'Amérique*, Arrêt du 31 mars 2004, CIJ Recueil 2004, p. 12, spéc. § 37.

<sup>13</sup> V. C. SANTULLI, *Droit du contentieux international, op. cit.*, § 238 ; G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.* p. 186 (définissant la compétence comme « l'aptitude à instruire et juger une affaire, à en connaître » et comme « l'ensemble des affaires dont [la] juridiction a vocation à connaître ») ; S. ROSENNE, *The Law and Practice of the International Court 1920-2005*, Martinus Nijhoff Publ., 2006, p. 524 (« définissant la compétence comme « *the capacity of the Court to decide a particular case with final and binding force* »). Dans le même sens, en droit des investissements,

L'une des caractéristiques de la compétence en droit international étant que, contrairement à la compétence juridictionnelle en droit interne, elle est entièrement fondée sur le consentement des parties, une objection à la compétence en droit international revient en pratique à soutenir, sous une forme ou sous une autre, que le consentement des parties fait défaut, soit que ce consentement n'ait pas été donné purement et simplement, soit que le litige en cause n'entre pas dans les limites de ce consentement. En ce sens, un auteur a pu soutenir dans une thèse récente que :

« [l]a compétence est la capacité d'un juge à exercer son pouvoir juridictionnel, préalablement déterminé par son statut, à l'égard d'un différend, capacité résultant de la rencontre des consentements des Etats parties à ce différend à ce qu'il en soit ainsi. L'existence d'une telle rencontre, et la vérification de ce que le différend soumis entre dans ce contenu, sont les seules recherches qui doivent être effectuées pour déterminer si le juge saisi est compétent pour connaître du différend »<sup>14</sup>.

Conjuguée à la distinction posée par Fitzmaurice entre les notions de compétence et de recevabilité, cette définition invite à formuler la typologie suivante : une objection à la compétence en droit international consiste à soutenir que les parties n'ont pas consenti à ce que la juridiction saisie exerce son pouvoir juridictionnel à l'égard de la demande telle qu'elle leur est soumise ; une exception d'irrecevabilité revient à solliciter le rejet pour une autre raison, sans que celle-ci ne relève pour autant directement du fond. Ainsi, dans l'affaire de *l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, la CIJ a indiqué que « [l]e plus souvent, dans le cas d'une exception d'incompétence, il aura ainsi été démontré, étant donné que la compétence de la Cour découle du consentement des parties, qu'un tel consentement n'a pas été donné par l'Etat qui fait objection au règlement du différend en question par la Cour » ; pour leur part, les exceptions d'irrecevabilité « reviennent à affirmer qu'il existe une raison juridique pour laquelle la Cour, même si elle a compétence, devrait refuser de connaître de l'affaire ou, plus communément, d'une demande spécifique y relative »<sup>15</sup>.

---

v. *Abaclat et autres c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/07/5, Décision sur la compétence et la recevabilité, Opinion dissidente de G. Abi-Saab, 28 octobre 2011, §§. 10-12 ; *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/07/26, Décision sur la compétence, 19 décembre 2012, § 125 (« *Jurisdiction in the judicial or adjudicative context means the authority to render legal decisions. It includes consideration of the sphere of such authority, i.e. the scope of the judicial competence. Whether such jurisdiction and competence is awarded in a particular factual setting depends upon the applicable legal provisions* ») ; Z. DOUGLAS, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge, CUP, 2009, § 293 (distinguant d'une part l'existence du pouvoir de juger et l'étendue du pouvoir de juger, qui relèvent de la compétence, et d'autre part l'exercice du pouvoir de juger, qui relève de la recevabilité).

<sup>14</sup> M. GRANGE, *Compétence du juge et recevabilité de la requête : leurs relations dans l'exercice du pouvoir juridictionnel – l'exemple de la Cour internationale de Justice*, Thèse Paris II, 7 décembre 2011, *op. cit.*

<sup>15</sup> *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, Croatie c. Serbie*, Exceptions préliminaires, arrêt du 18 novembre 2008, *CIJ Recueil 2008*, p. 412, spéc. p. 456. C'est également en ces termes que Sir Fitzmaurice a explicité la distinction en pratique, dans le

La délimitation entre exception d'incompétence et exception d'irrecevabilité se résume ainsi à la question de savoir si l'exception qui fait obstacle à l'examen de la demande porte sur un élément que les parties ont érigé en condition de leur consentement au pouvoir juridictionnel de l'organe concerné. Dans l'affirmative, il s'agit d'une exception d'incompétence, dans le cas contraire, d'une exception d'irrecevabilité.

Ces considérations permettent ainsi de mieux appréhender les critères développés par la doctrine et la jurisprudence pour opérer une distinction entre les types d'exceptions et en apprécier les limites. Le premier de ces critères consiste à examiner si la carence affecte l'organe saisi lui-même (auquel cas il s'agit d'une question de compétence) ou la demande (auquel cas il s'agit d'une question de recevabilité)<sup>16</sup>. Le second critère, qui est en réalité le miroir du premier, envisage la question du point de vue du sort qui est fait en dernier lieu à la demande : l'exception examinée porte-t-elle sur un élément qui fait obstacle à ce que la demande soit examinée par l'organe saisi tout en permettant que celle-ci soit examinée devant un autre forum, ou sur un élément qui fait obstacle à ce que la demande soit examinée en tout état de cause, quel que soit le forum devant lequel elle est portée ? Il s'agit ici de distinguer les deux notions par leur effet.

D'autres tentatives de créer une distinction autour d'autres concepts ou mécanismes ont montré leurs limites.

La jurisprudence a ainsi parfois assimilé les notions de recevabilité et de procédure<sup>17</sup>. Cette assimilation n'est pas heureuse, car toutes les conditions de

---

contexte de *l'Affaire du Cameroun septentrional* : « [L]a distinction, le test réel, dépend semble-t-il du point de savoir si l'exception repose ou est fondée sur la clause ou les clauses juridictionnelles en vertu desquelles on prétend établir la compétence. Si tel est le cas, l'exception porte essentiellement sur la compétence. Si elle repose sur des considérations extérieures à une clause juridictionnelle et ne mettant pas en jeu l'interprétation ou l'application d'une telle disposition, il s'agira normalement d'une exception à la recevabilité de la demande ». *Affaire du Cameroun septentrional, Cameroun c. Royaume-Uni*, Arrêt du 2 décembre 1963, Opinion individuelle de G. Fitzmaurice, *CIJ Recueil 1963*, pp. 102-103.

<sup>16</sup> *Hochtief AG c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/07/31, Décision sur la compétence, 24 octobre 2011, § 90 (« *Jurisdiction is an attribute of a tribunal and not of a claim, whereas admissibility is an attribute of a claim but not of a tribunal* ») ; *Waste Management, Inc c. Mexique*, Affaire CIRDI n° ARB(AF)/98/2, Sentence, 2 juin 2000, Opinion dissidente de K. Highet, § 58 (« *Jurisdiction is the power of the tribunal to hear the case; admissibility is whether the case itself is defective – whether it is appropriate for the tribunal to hear it. If there is no title of jurisdiction, then the tribunal cannot act* »). En revanche, sur l'idée que toutes les objections de compétences sont par nature des exceptions *ratione materiae*, les éléments tenant au temps, à l'espace et la personne n'étant que des éléments d'identification du différend, v. C. SANTULLI, *Droit du contentieux international, op. cit.*, § 265. La distinction, cependant, peut ne pas s'opérer sur le critère d'identification du différend, mais sur les attributs de la demande (« *claim* » en anglais, à distinguer de « *dispute* »).

<sup>17</sup> V. par exemple *Ethyl Corporation c. Gouvernement du Canada*, ALENA/CNUDCI, Sentence sur la compétence, 24 juin 1998, § 58 (« *It is important to distinguish between jurisdictional provisions, i.e., the limits set to the authority of this Tribunal to act at all on the merits of the dispute, and procedural rules that must be satisfied by Claimant, but the failure to satisfy which results not in an absence of jurisdiction ab initio, but rather in a possible delay of proceedings, followed ultimately, should such non-compliance persist, by dismissal of the claim* ») ; *SGS Société Générale de Surveillance SA c. Pakistan*, Affaire CIRDI n° ARB/01/13, Décision du tribunal sur les objections à la compétence, 6 août 2003, § 184 (« *Tribunals have generally tended to treat consultation periods*



procédure ne sont pas nécessairement des conditions de recevabilité ; à l'inverse, toutes les conditions de recevabilité ne sont pas des conditions de procédure (l'intérêt à agir, par exemple, relève des questions de recevabilité sans qu'il s'agisse de procédure).

La distinction opérée par certains tribunaux entre la compétence comprise comme la satisfaction de conditions obligatoires et celle de recevabilité comprise comme la satisfaction de conditions facultatives, est tout aussi difficile à saisir<sup>18</sup>. Certains tribunaux ont en effet considéré qu'une condition dont ils estiment que le non-respect fait obstacle à l'exercice de leur compétence n'avait pas forcément à être respectée si elle apparaît comme futile ou injuste pour l'investisseur<sup>19</sup> ; à l'inverse, même si les tribunaux se montrent en général plus flexibles sur l'appréciation des conditions de recevabilité, cela n'implique pas qu'une condition de recevabilité soit par définition une condition facultative<sup>20</sup>.

Un différent type de distinction a porté sur la question de savoir si la condition sur laquelle se fonde l'exception est envisagée par le texte instituant l'organe (statut d'un organe permanent tel que la CIJ par exemple) ou le texte sur le fondement duquel la demande est introduite (traité fondant le recours à un tribunal arbitral) et si cela peut avoir une incidence sur le régime de l'exception. Les traités de protection des investissements peuvent, par exemple, prévoir dans

---

*as directory and procedural rather than as mandatory and jurisdictional in nature. Compliance with such a requirement is, accordingly, not seen as amounting to a condition precedent for the vesting of jurisdiction »).*

<sup>18</sup> V. par exemple la décision dans *Bayindir c. Pakistan*, Affaire CIRDI n° ARB/03/29, Décision sur la compétence, 14 novembre 2005, § 99 : (« *In the specific setting of investment arbitration, international tribunals tend to rely on the non-absolute character of notice requirements to conclude that waiting period requirements do not constitute jurisdictional provisions but merely procedural rules that must be satisfied by the Claimant* »). V. également *Murphy Exploration and Production Company International c. Equateur*, Affaire CIRDI n° ARB/08/4. Sentence sur la compétence, 15 décembre 2010, § 149 (« *This Tribunal finds the requirement that the parties should seek to resolve their dispute through consultation and negotiation for a six-month period does not constitute, as Claimant and some arbitral tribunals have stated, 'a procedural rule' or a 'directory and procedural' rule which can or cannot be satisfied by the concerned party. To the contrary, it constitutes a fundamental requirement that Claimant must comply with, compulsorily, before submitting a request for arbitration under the ICSID rules* »).

<sup>19</sup> V. la sentence *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/07/26, Décision sur la compétence, 19 décembre 2012, § 202 (« *A proceeding that can in no reasonable way be expected to reach that target is useless and unfair to the investor. Claimants were not required to engage in such a 'proceeding' pursuant to the provisions of Article X (2) and (3) of the BIT* »).

<sup>20</sup> V. sur ce point *ICS Inspection and Control Services Limited c. République d'Argentine*, CNUDCI, Affaire CPA n° 2010-09, Sentence sur la compétence, 10 février 2012, § 254 (« *Within the bounds of equality, due process, and the explicit stipulations of the UNCITRAL Arbitration Rules, the Tribunal has nearly unlimited discretion in relation to procedural matters. It has even been noted that under the UNCITRAL Arbitration Rules, as opposed to other procedural frameworks, a tribunal may even enjoy broad power in certain cases to overrule the parties' agreements on procedural matters* »). A cet égard, il semble opportun de distinguer, d'une part, entre les règles de procédure qui n'ont pas fait l'objet d'un accord spécifique des parties, que le tribunal est libre de modifier, soit parce que les parties n'ont rien prévu à ce sujet, soit par ce que le règlement de procédure prévoit que le tribunal est libre de conduire l'arbitrage comme il l'estime approprié et, d'autre part, les règles qui ont fait l'objet d'un accord spécifique entre les parties, auxquelles le Tribunal ne devrait pas pouvoir déroger.

leur convention d'arbitrage la satisfaction de certaines conditions avant que le différend puisse être porté devant un tribunal arbitral, notamment la condition des négociations préalables permettant une résolution du différend à l'amiable. Certaines conditions sont pour leur part posées par le règlement propre à l'organe saisi, tel que l'article 1 du Règlement d'introduction des instances du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (« CIRDI »), qui requiert que la requête soit rédigée dans une langue officielle du Centre et datée et signée par la partie requérante. En revanche, d'autres conditions que le demandeur peut avoir à satisfaire pour que sa demande prospère peuvent n'être prévues par aucun texte, comme par exemple l'intérêt à agir. Dans toutes ces situations, la condition peut mettre en jeu une exception relevant de la « recevabilité » de la demande<sup>21</sup>, dans la mesure où elle porte sur la demande et n'a pas d'impact sur le pouvoir de juger de l'organe saisi, et le fait qu'elle ait été ou non incorporée dans le texte instituant l'organe ou le texte sur le fondement duquel la demande est introduite n'a que peu d'incidence pour cette qualification.

Il en va de même de la tentative, en droit des investissements, de construire une distinction autour de la question de savoir si la condition visée se rapporte ou non au consentement des parties (et des Etats parties à un traité de protection des investissements) selon qu'elle est posée ou non par la convention d'arbitrage.

---

<sup>21</sup> La condition d'intérêt à agir a été qualifiée en doctrine d'exception d'irrecevabilité : v. notamment I. BROWNLEE, *Public International Law*, Oxford, OUP, 2012, p. 697 (« *In Northern Cameroons the Court treated the issue of legal interest as a matter of judicial propriety, but legally this is best treated as a species of admissibility, as some judges pointed out* ») ; M. GRANGE, *Compétence du juge et recevabilité de la requête : leurs relations dans l'exercice du pouvoir juridictionnel – l'exemple de la Cour internationale de Justice*, op. cit., spécialement pp. 94-96. V. également l'opinion individuelle de Sir Fitzmaurice dans l'affaire du *Cameroun septentrional*, au sujet de l'intérêt à agir du demandeur en présence d'un différend devenu caduc (« La Cour n'a pas dit, je crois, que la demande était *formally inadmissible* mais elle l'a considérée pratiquement (pour reprendre la notion française de recevabilité), comme irrecevable ou 'inexaminable' en raison des conséquences (ou plus exactement de l'absence de conséquences) qui s'ensuivraient s'il y était fait droit ») : *Affaire du Cameroun septentrional, Cameroun c. Royaume-Uni*, Arrêt du 2 décembre 1963, Opinion individuelle de G. Fitzmaurice, *CIJ Recueil 1963*, p. 97, spéc. p. 101. Dans l'affaire *Nottebohm*, la Cour a également qualifié d'exception d'irrecevabilité la contestation de l'intérêt à agir du demandeur découlant de l'absence de lien de nationalité entre l'Etat demandeur et la personne physique au nom de laquelle la demande était présentée. Dans cette affaire le Guatemala avait sollicité le rejet de la demande pour irrecevabilité au nom « d'un principe bien établi du droit international » selon lequel « c'est le lien de nationalité entre l'Etat et l'individu qui seul donne à l'Etat le droit de protection diplomatique » (*Affaire Nottebohm, Lichtenstein c. Guatemala*, Arrêt du 6 avril 1955, *CIJ Recueil 1955*, p. 4, spéc. pp. 12-1313). Ceci s'explique par le fait que, faute de lien de nationalité entre l'Etat demandeur et la personne physique au nom de laquelle la demande est présentée, l'Etat demandeur ne dispose d'aucun droit à faire valoir devant la juridiction, et donc d'aucun intérêt à agir. Le même raisonnement a conduit la CIJ à rejeter les demandes de l'Etat belge dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, dans laquelle le Gouvernement belge avait saisi la Cour d'une réclamation fondée sur la protection diplomatique au nom de ressortissants belges actionnaires d'une société canadienne en Espagne. La Cour a jugé que la demande de l'Etat belge était irrecevable au motif que, le préjudice ayant été subi par la société et non par ses actionnaires, seul l'Etat dont relevait la société pouvait présenter une réclamation internationale : v. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Belgique c. Espagne*, arrêt du 24 juillet 1964, *CIJ Recueil 1955*, p. 4, spéc. p. 13. ; arrêt du 5 février 1970, *CIJ Recueil 1970*, p. 3.

Certains ont ainsi fait du consentement, largement entendu, le critère déterminant de la distinction,<sup>22</sup> la question sous-jacente fondamentale étant alors de savoir si l'exception porte sur une condition du consentement de l'Etat à l'arbitrage ou si elle vise au contraire au rejet de la demande pour une autre raison. C'est ce qu'a indiqué le tribunal dans l'affaire *ICS c. Argentine* :

« The recent majority decision in *Hochtief v. Argentina* adopts a nominally similar characterization of the distinction between jurisdiction and admissibility when it states that “[j]urisdiction is an attribute of a tribunal and not of a claim, whereas admissibility is an attribute of a claim but not of a tribunal.” The *Hochtief* majority, however, takes the distinction too far. The decision appears to substitute the tribunal-vs.-claim dichotomy for the question of consent instead of using it as an analytical tool for the determination of whether consent exists »<sup>23</sup>.

Une distinction s'articulant autour de la notion de consentement n'épuise cependant pas le sujet. Si l'on devait adopter ce critère, en effet, toutes les conditions contenues dans la clause de règlement des différends devraient constituer une condition de compétence. Or certaines conditions, comme la clause d'option irrévocable par exemple, concernent non pas la compétence de l'organe saisi en tant que tel mais la question de savoir si la demande peut prospérer devant le tribunal arbitral saisi alors que le différend a déjà été porté devant un autre for, le traité exigeant un forum exclusif pour le même différend entre les mêmes parties ; d'autres dispositions peuvent encore concerner de pures questions procédurales, comme par exemple les modalités de constitution du tribunal arbitral, les modalités selon lesquelles la demande d'arbitrage doit être introduite, la clause de droit applicable lorsqu'elle existe ou, depuis l'adoption par la CNUDCI du règlement sur la transparence dans l'arbitrage en matière d'investissements, les conditions de transparence de la procédure arbitrale. La proposition qui pose comme condition de compétence, car de consentement, tout ce qui apparaît dans une clause de règlement des différends (l'Etat ayant, par définition, consenti à toutes les conditions prévues dans le traité), semble ainsi confondre les conditions selon lesquelles le consentement à l'arbitrage peut exister (notamment le champ d'application matériel de la compétence du tribunal

<sup>22</sup> V. notamment les opinions dissidentes dans les affaires *Abaclat et Impregilo : Abaclat et autres c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/07/5, Décision sur la compétence et la recevabilité, Opinion dissidente de G. Abi-Saab, 28 octobre 2011, spéc. §§ 17-19 ; *Impregilo S.p.A. c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/07/17, Sentence, 21 juin 2011, Opinion concurrente et dissidente de B. Stern, spéc. pp. 51-53.

<sup>23</sup> *ICS Inspection and Control Services Limited c. République d'Argentine*, CNUDCI, Affaire CPA n° 2010-09, Sentence sur la compétence, 10 février 2012, § 260 (v. également § 258 : « *The question is therefore whether the requirement of prior submission to the Argentine courts falls within the 'conditions to which [Argentina's] consent [to arbitration] is subject' or whether non-compliance nevertheless does not affect the underlying consent to arbitrate the present dispute* »). V. également *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. et S.C. Multipack S.R.L. c. Roumanie*, Affaire CIRDI n° ARB/05/20, Décision sur la compétence et la recevabilité, 24 septembre 2008, § 64 (« *The Tribunal is of the opinion that when an objection relates to a requirement contained in the text on which consent is based, it remains a jurisdictional objection* »).

arbitral) avec les modalités (essentiellement procédurales) selon lesquelles ce consentement s'exerce.<sup>24</sup>

Les développements qui précèdent montrent qu'une distinction articulée autour de la possibilité pour l'organe saisi d'exercer son pouvoir juridictionnel et de l'impossibilité pour la demande de prospérer en raison de défaillances qui lui sont propres est la plus à même de répondre, de manière efficace, à l'ensemble des défaillances qui ne relèvent pas du fond du différend et qui doivent ainsi être sanctionnées à titre préliminaire.

## II. LES ENJEUX DE LA DISTINCTION EN DROIT DES INVESTISSEMENTS

Suivant les critiques formulées à l'égard de la jurisprudence de la CIJ, certains tribunaux arbitraux statuant en matière d'investissements ont considéré que la distinction entre compétence et recevabilité n'avait « pas de fondement juridique » ou qu'elle n'était pas « nécessaire » ou « appropriée » dans le contexte de l'arbitrage Etats-investisseurs, tout particulièrement en matière d'arbitrage CIRDI<sup>25</sup>. Cette critique est largement infondée. Les deux notions sont en effet distinctes d'un point de vue théorique, et nombreux sont les auteurs qui

<sup>24</sup> Sur cette distinction, v. *Abaclat et autres c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/07/5, Décision sur la compétence et la recevabilité, 4 août 2011, § 496 (« *The Tribunal is of the opinion that the negotiation and 18 months litigation requirements relate to the conditions for implementation of Argentina's consent to ICSID jurisdiction and arbitration, and not the fundamental question of whether Argentina consented to ICSID jurisdiction and arbitration* »).

<sup>25</sup> V. par exemple *Impregilo S.p.A. c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/07/17, Sentence du 21 juin 2011, Opinion concurrente et dissidente de B. Stern, § 83 (« *There appears to be no legal reason to treat differently these two types of requirements that condition the State's consent* »); *Renta 4 S.V.S.A et al. c. Fédération de Russie*, Affaire SCC n° 24/2007, sentence sur les Objections Préliminaires et Opinion dissidente de C. Brower, 20 mars 2009, § 10 (« *[T]here is no reason to differentiate between admissibility-related aspects of accessing investor-State arbitration and matters of jurisdiction* »); *CMS Gas Transmission Company c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/01/8, Décision sur les Objections à la Compétence, 17 juillet 2003, § 41 (« *The distinction between admissibility and jurisdiction does not appear quite appropriate in the context of ICSID as the Convention deals only with jurisdiction and competence* »); *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/01/3, Décision sur la compétence, 14 janvier 2004, § 33 (« *The distinction between admissibility and jurisdiction does not appear to be necessary in the context of the ICSID Convention, which deals only with jurisdiction and competence* »); *Consortium Groupement L.E.S.I.-DIPENTA c. République Algérienne Démocratique et Populaire*, Affaire CIRDI n° ARB/03/08, Sentence, 10 janvier 2005, § 2 (« *[d]ans les procédures CIRDI, la distinction est sans portée pratique, à la différence de ce qui peut valoir dans d'autres procédures arbitrales* »); *Burlington Resources Inc. et al. c. Equateur et Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador)*, Affaire CIRDI n° ARB/08/5, Décision sur la compétence, 2 juin 2010, § 340 (« *[I]n ICSID arbitration the inadmissibility of claims has the same consequence as the failure to meet the requirements for jurisdiction under Article 25 of the ICSID Convention or the BIT, such consequence being that the Tribunal cannot exercise jurisdiction over the dispute* »); *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/07/26, Décision sur la compétence, 19 décembre 2012, § 113 (« *Developing such categories may have theoretical appeal but adds nothing to the interpretation of the provisions on dispute resolution of BITs* »), § 117 (« *This feature of ICSID practice renders both the distinction wrong in theory and useless in practice* »).

l'ont, à juste titre, souligné en doctrine, dans le contexte du contentieux porté devant la CIJ aussi bien qu'en matière de droit des investissements<sup>26</sup>.

Par ailleurs, s'il est vrai que les exceptions de compétence et de recevabilité visent le même résultat, à savoir le rejet de la demande avant tout examen au fond, les deux exceptions suivent des régimes distincts et leurs conséquences sur la procédure sont différentes. Ces conséquences portent aussi bien sur le déroulement procédural de l'instance (A), que sur les voies de recours (B) et la sanction de l'exception (C).

### A. Conséquence de la distinction sur le déroulement de la procédure

La distinction entre les deux notions est tout d'abord susceptible d'avoir une incidence sur le déroulement de la procédure. La condition de recevabilité étant généralement considérée comme étant plus proche du fond du différend que celle de compétence, les exceptions d'irrecevabilité sont plus aisément jointes au fond que les exceptions d'incompétence.

Ainsi, pour un Etat défendeur souhaitant non seulement obtenir le rejet de la demande mais également éviter tout débat sur le fond, il est généralement plus intéressant de voir l'exception qualifiée d'objection à la compétence que d'exception d'irrecevabilité. Le demandeur, à l'inverse, aura la plupart du temps intérêt à ce que la qualification d'exception de recevabilité soit retenue et que l'exception soit jointe au fond.

Dans l'affaire *Kilic c. Turkménistan*, par exemple, l'exception soulevée par le Turkménistan portait sur le non-respect par l'investisseur de conditions procédurales préalables à l'arbitrage. Le Turkménistan a présenté cette objection sous forme d'objection à la compétence ; l'investisseur a soutenu, à l'inverse, qu'il s'agissait d'une question de recevabilité (et que si elle devait être retenue, le tribunal devrait surseoir à statuer)<sup>27</sup>. Dans l'affaire *Romp petrol*, l'exception

<sup>26</sup> J. PAULSSON, « Jurisdiction and Admissibility », in G. AKSEN, K.-H. BÖCKSTIEGEL, M. J. MUSTILL, P. M. PATOCCHI, A. M. WHITESELL (eds), *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution. Liber Amicorum in Honour of Robert Briner*, 2005, pp. 601-617, spéc. p. 603 (« Hence it is vital to understand the fundamental distinction between the two concepts. They are indeed as different as night and day. It may be difficult to establish the dividing line between the two. There is a twilight zone. But only a fool would argue that the existence of a twilight zone is proof that day and night do not exist ») ; Z. DOUGLAS, *The International Law of Investment Claims*, op. cit., p. 141 (« As will be readily apparent to anyone involved in international litigation, the terms 'jurisdiction', 'consent to arbitration', 'competence', 'admissibility' and 'arbitrability' are employed inconsistently and with a notable ambivalence to the rationale for having different terms in the first place. If terms of art were to require artful usage to retain their status as such, then these terms might well have suffered a downgrading in recent times. The importance of getting the terminology right goes beyond linguistic fidelity to proper usage [...] ») ; C. AMERASINGHE, *International Arbitral Jurisdiction*, Martinus Nijhoff, 2011, p. 95 (« The distinction between competence (jurisdiction) and admissibility may not always be observed, especially in pleadings. The distinction is, however, of importance and has validity in the context of the exercise of jurisdiction by international tribunals »).

<sup>27</sup> *Kiliç İnşaat İthalat İhracat Sanayi Ve Ticaret Anonim Şirketi c. Turkmenistan*, Affaire CIRDI n° ARB/10/1, Sentence, 2 juillet 2013, § 4.4.2 (« Claimant reasserts its proposition that at the time it accepted Respondent's offer to arbitrate, there was a valid and unconditional consent to arbitrate. It

d'irrecevabilité selon laquelle la demande de l'investisseur n'était pas couverte par le champ d'application du traité et constituait en réalité une demande pour déni de justice qui se heurtait au non-épuisement des voies de recours internes a été jointe au fond par le tribunal arbitral<sup>28</sup>. Ce dernier a cependant constaté que l'exception aurait pu être formulée sous la forme d'une exception à sa compétence<sup>29</sup>. On peut penser que, si tel avait été le cas, la question de la jonction des questions de compétence avec celles concernant le fond du différend aurait pu se poser de manière différente.

## B. Conséquences de la distinction sur les voies de recours

En matière de droit des investissements, le caractère autonome et centralisé du CIRDI impose de distinguer les décisions rendues en matière CIRDI et les autres. Dès lors, les conséquences de la distinction entre compétence et recevabilité sur les voies de recours varient selon que l'on se trouve ou non en matière d'arbitrage CIRDI<sup>30</sup>.

En dehors du système CIRDI, le recours contre la sentence s'exerce en pratique devant les juridictions du siège de l'arbitrage, conformément au régime de la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958<sup>31</sup> et le droit applicable dans chaque pays. Ce recours peut porter sur des questions juridictionnelles, à l'exclusion des questions de fond ou de recevabilité. C'est par exemple le cas en France, où l'article 1520 du Code de procédure civile ouvre un recours contre la sentence si le tribunal « s'est déclaré à tort compétent ou incompétent », mais n'offre aucun recours dans l'hypothèse où le tribunal aurait déclaré à tort une demande recevable ou irrecevable<sup>32</sup>. Ainsi, dans l'affaire *Hochtief*, la Cour d'appel de

---

*thus maintains that its failure to refer its disputes to Respondent's courts goes only to the admissibility of its claims, and not to the jurisdiction of the Tribunal* »). Sur les conséquences de la qualification en termes de sanctions, v. également *infra* Partie II (C), pp. 792-793.

<sup>28</sup> *The Rompetrol Group N.V. c. Roumanie*, Affaire CIRDI n° ARB/06/3, Décision sur les exceptions préliminaires à la compétence et à la recevabilité de la défenderesse, 18 avril 2008, § 114 (« *In these particular circumstances, the Tribunal finds itself unable to proceed to a decision on the admissibility objection as a preliminary question at this stage of the proceedings. This is irrespective of whether the objection is or is not properly to be classified as one of admissibility. To the extent that the objection retains its force in the light of the Pleadings as they develop, the decision on it is joined to the merits under Rule 41(4) of the Arbitration Rules* »).

<sup>29</sup> *Ibid.*, § 72 : « *There is then a further argument, of a subsidiary character, that the complaints which the Claimant is making against the actions of Romania do not in any case fall within the compass of the BIT at all, or at best are premature. The Respondent has framed this subsidiary objection as one of 'admissibility' – for the event that the Tribunal upholds its jurisdiction – and the Tribunal will deal with it on that basis, although a good part of the argument as set out in the written pleadings is closely tied to an argument about the scope of the substantive protection under the BIT, so much so that it could almost have been framed as an objection to jurisdiction *ratione materiae** ».

<sup>30</sup> Par arbitrage CIRDI, on entend un arbitrage relevant du régime de la Convention de Washington, par opposition à ceux qui se déroulent en application du Mécanisme supplémentaire.

<sup>31</sup> Au 1<sup>er</sup> juillet 2014, la Convention de New York liait 150 Etats.

<sup>32</sup> V. par exemple, Code de Procédure Civile français, Art. 1520 ; *English Arbitration Act 1996*, Art. 67 ; *US Federal Arbitration Act*, Art. 10(a)(4) ; Loi-Type CNUDCI, Art. 34(2)(a)(iii) ; LDIP, Art. 190(2)(b), 190(2)(c). V. également E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, Vol. 1, Pedone, 2004, p. 643 (« Cette qualification emporte des conséquences importantes quant au régime des voies

Paris a considéré que l'inobservation d'une règle de procédure (il s'agissait en l'occurrence d'un délai pour contester la décision d'un ingénieur FIDIC et mettre en œuvre l'arbitrage) ne concernait que la recevabilité de la demande et non la compétence, et qu'elle n'ouvrait par conséquent pas droit à un recours en annulation<sup>33</sup>. De la même manière, la LDIP suisse ne prévoit un recours contre la sentence que lorsque « le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent » mais exclut tout recours lorsque le tribunal a déclaré à tort une demande recevable ou irrecevable. La qualification est donc ici déterminante, comme l'illustre une affaire récente soumise au Tribunal fédéral suisse, dans laquelle le non-respect d'une obligation de conciliation prévue par les parties a été considéré comme une question de compétence, et donc comme une question

---

de recours susceptibles d'être exercées à l'encontre de la sentence passant outre, à tort selon le défendeur, à l'obligation de négociations préalables. En droit commun de l'arbitrage, la voie du recours en annulation fondée sur la prétendue incompétence du tribunal arbitral ne serait pas ouverte. Ainsi, par exemple, en droit français de l'arbitrage, aucune critique ne peut, dans une telle situation, être formée à l'encontre de la sentence sur le terrain de l'article 1502 1° et 1504 du nouveau Code de procédure civile » ; Z. DOUGLAS, *The International Law of Investment Claims*, op. cit., §§ 291, 307-310 (« [T]he investor or the host state has the opportunity of contesting the arbitral tribunal's decisions with respect to the existence of its adjudicative power (jurisdiction), but not to the exercise of that adjudicative power (admissibility or the merits). It is arguable that this is the case both before the municipal courts at the seat of the arbitration or before an ICSID ad hoc committee [...]. It is arguable that the distinction between jurisdiction and admissibility assumes a critical importance in investment treaty arbitration because a party has the opportunity of contesting the tribunal's decision with respect to the former but not the latter in the municipal courts at the seat of the arbitration and before an ICSID ad hoc committee pursuant to Article 52 of the ICSID Convention ») ; J. PAULSSON, « Jurisdiction and Admissibility », in G. AKSEN, K.-H. BÖCKSTIEGEL, M. J. MUSTILL, P. M. PATOCCHI, A. M. WHITESELL (eds), *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution. Liber Amicorum in Honour of Robert Briner*, 2005, pp. 601-617, spéc. p. 601 (« To distinguish between these two concepts is a matter of considerable concrete importance. Decisions of tribunals which do not respect jurisdictional limits may be invalidated by a controlling authority. But if parties have consented to the jurisdiction of a given tribunal, its determinations as to the admissibility of claims should be final. Mistakenly classifying issues of admissibility as jurisdictional may therefore result in an unjustified extension of the scope for challenging awards, and frustrate the parties' expectation that their dispute be decided by the chosen neutral tribunal ») ; V. W. BEN HAMIDA, *L'arbitrage transnational unilatéral*, Thèse Paris II, 2003, § 111, note 1. En jurisprudence, v. *Abaclat et autres c. République d'Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/07/05, Décision sur la compétence et la recevabilité, 4 août 2011, § 247 (« Whereby a decision refusing a case based on a lack of arbitral jurisdiction is usually subject to review by another body, a decision refusing a case based on a lack of admissibility can usually not be subject to review by another body »).

<sup>33</sup> Cour d'appel de Paris, 1<sup>er</sup> décembre 1995, *Ministère de l'agriculture d'Irak c. Hochtief*, *Rev. Arb.*, 1996, 456 (considérant que « l'inobservation d'une formalité de pure procédure, telle que celle qui résulterait du défaut de respect des délais prévus à la convention d'arbitrage pour le mettre en œuvre et qui ne concerne que la recevabilité des demandes, n'est pas de nature à affecter l'existence de la clause compromissoire ni donc le principe de la compétence du tribunal arbitral »). Dans une affaire plus récente, qui certes ne concernait pas l'arbitrage, la Cour de cassation a déclaré irrecevable une action en justice introduite en violation d'une clause prévoyant la tenue de conciliations avant toute action. V. Cass. Ch. Mixte, 14 février 2003, *Poiré v. Tripier et al*, *JCP E* 810, 8 mai 2003. V. également Cour d'appel de Paris, *Société Nihon Plast Co. v. Société Takata-Petri Aktiengesellschaft*, 4 mars 2004, *Rev. Arb.*, 2005, pp. 143-151 (« [L]es moyens tirés d'une clause préalable de conciliation ou de la nécessité d'une requête conjointe ne constituent pas une exception d'incompétence mais [...] une question relative à la recevabilité des demandes qui n'entre pas dans les cas d'ouverture prévus par l'article 1502 du NCPC »).

susceptible de fonder un recours devant le Tribunal fédéral<sup>34</sup>. Tel n'aurait pas été le cas si la qualification d'exception d'irrecevabilité avait été retenue.

Aux Etats-Unis, l'affaire *BG Group* offre une illustration supplémentaire de ces conséquences, dans une espèce qui concernait spécifiquement le droit des investissements. Dans cette affaire, l'article 8(2) du traité bilatéral d'investissements entre le Royaume-Uni et l'Argentine prévoyait l'obligation pour les parties de soumettre leurs différends aux juridictions argentines pendant une période de 18 mois avant de pouvoir introduire un arbitrage<sup>35</sup>. L'Argentine avait demandé au tribunal arbitral de constater l'irrecevabilité de la demande de l'investisseur au motif que cette période n'avait pas été respectée<sup>36</sup>. Dans la sentence, le Tribunal avait considéré, en se plaçant lui aussi sur le terrain de la recevabilité, que le caractère obligatoire de l'article 8(2) du traité ne pouvait être interprété comme un obstacle absolu à l'arbitrage lorsque le recours aux juridictions locales était empêché ou rendu difficile par l'Etat d'accueil de manière unilatérale, ce qui était le cas en l'espèce selon le tribunal<sup>37</sup>. Le tribunal en avait conclu, dans ces circonstances, que l'article 8(2) du traité ne pouvait faire obstacle à la recevabilité des demandes de l'investisseur. L'arbitrage ayant été engagé en application du règlement de la CNUDCI et le siège de l'arbitrage ayant été fixé à Washington DC, la République argentine a formé un recours en annulation contre la sentence devant la *United States District Court for the*

<sup>34</sup> Tribunal Fédéral suisse, 4A\_46/2011, *X. GmbH c. Y. Sarl AS*, 16 mai 2011 (considérant que « la recourante souligne avec raison que le Tribunal fédéral a admis [...] que le reproche fait à un tribunal arbitral d'avoir passé outre à la tentative de conciliation obligatoire prévue dans le contrat en cause revenait à lui faire grief de ne pas s'être déclaré incompétent *ratione temporis* et à invoquer ainsi un moyen entrant dans les prévisions de l'art. 190 al. 2 let. b LDIP » et que « [i]l y a lieu, partant, d'entrer en matière sur le moyen fondé sur cette disposition ») ; Tribunal Fédéral suisse, 4A\_18/2007, *X. Ltd c. Y*, 6 juin 2007 § 4.2 (« Excipant du caractère obligatoire de la conciliation préalable prévue dans les contrats de licence, la recourante fait valoir que le tribunal arbitral n'aurait pas dû se saisir du différend qui lui était soumis avant que la conciliation n'ait été tentée. En d'autres termes, elle lui reproche de ne pas s'être déclaré incompétent *ratione temporis*. [...] c'est bien sous cet angle qu'il convient d'envisager le moyen soulevé par la recourante »). Dans le même sens, devant la Cour d'appel de Singapour, v. *International Research Corp PLC v. Lufthansa Systems Asia Pacific Pte Ltd and another*, [2013] SGCA 55, annulant une sentence arbitrale au motif qu'un certain nombre de modalités se rapportant à une négociation et conciliation préalables à l'arbitrage n'avaient pas été respectées.

<sup>35</sup> L'article 8(2) du traité était rédigé de la manière suivante : « (2) *The aforementioned disputes shall be submitted to international arbitration in the following cases: (a) if one of the Parties so requests, in any of the following circumstances: (i) where, after a period of eighteen months has elapsed from the moment when the dispute was submitted to the competent tribunal of the Contracting Party in whose territory the investment was made, the said tribunal has not given its final decision; (ii) where the final decision of the aforementioned tribunal has been made but the Parties are still in dispute; (b) where the Contracting Party and the investor of the other Contracting Party have so agreed* ».

<sup>36</sup> *BG Group Plc c. République d'Argentine*, CNUDCI, Sentence finale, 24 décembre 2007, § 141.

<sup>37</sup> *Ibid.*, §§ 156-157 (« [T]he Tribunal notes that a serious problem would loom if admissibility of Claimant's claims were denied thus allowing Respondent at the same time to: a) restrict the effectiveness of domestic judicial remedies as a means to achieve the full implementation of the Emergency Law and its regulations; b) insist that Claimant go to domestic courts to challenge the very same measures; and c) exclude from the renegotiation process any licensee that does bring its grievance to local courts. The Tribunal consequently finds admissible the claims brought by BG in this arbitration [...] »).



*District of Columbia*, en application du *Federal Arbitration Act*<sup>38</sup>. Le jugement de la *District Court* a ensuite fait l'objet d'un appel devant la *Court of Appeal for the District of Columbia*. Considérant que les exigences posées par l'article 8(2) du traité soulevaient des questions que les parties avaient l'intention de voir trancher par le juge de l'Etat d'accueil et non par les arbitres, et que, contrairement à ce qu'avaient décidé les arbitres, le tribunal n'avait pas compétence pour connaître de ce différend du fait du non-respect de ces conditions, la Cour d'appel américaine a prononcé l'annulation de la sentence<sup>39</sup>. La Cour d'appel a pris le soin de distinguer cette affaire des précédents *John Wiley & Sons, Inc. v. Livingston* et *Howsam v. Dean Witter Reynolds, Inc.*<sup>40</sup> ; dans ces affaires, rendues en matière d'arbitrage commercial, la Cour Suprême avait décidé que la violation de conditions procédurales par l'une des parties, notamment une clause de conciliation préalable obligatoire, était une question de « *procedural arbitrability* » relevant de la décision finale des arbitres et non susceptible de recours, par opposition aux questions de « *substantial arbitrability* » soumises au contrôle du juge<sup>41</sup>. Dans l'affaire *BG Group*, la Cour d'appel a été sensible à l'argument de l'Argentine selon lequel les conditions de négociations prévues par l'article 8(2) du traité n'étaient pas purement procédurales mais qu'elles remettaient en cause le consentement même de l'Argentine à l'arbitrage. En d'autres termes, l'argument de l'Argentine consistait à soutenir qu'il s'agissait d'une question de compétence (« *substantial arbitrability* » selon la terminologie adoptée par les juridictions américaines) soumise au contrôle du juge et non d'une question de recevabilité (« *procedural arbitrability* ») relevant de la décision des arbitres. Dans la décision qu'elle a rendue le 5 mars 2014, la Cour suprême a infirmé le jugement de la Cour d'appel, estimant que l'article 8(2) était une « condition procédurale préalable à

<sup>38</sup> *Federal Arbitration Act* (FAA), 9 U.S.C. §§ 10(a) & 11.4. La section 10(a) du FAA, 9 U.S.C. § 10(a) prévoit qu'une sentence arbitrale peut être annulée « (1) where the award was procured by corruption, fraud, or undue means; (2) where there was evident partiality or corruption in the arbitrators, or either of them; (3) where the arbitrators were guilty of misconduct in refusing to postpone the hearing, upon sufficient cause shown, or in refusing to hear evidence pertinent and material to the controversy; or of any other misbehavior by which the rights of any party have been prejudiced; or (4) where the arbitrators exceeded their powers, or so imperfectly executed them that a mutual, final, and definite award upon the subject matter submitted was not made ».

<sup>39</sup> *BG Group*, Cour d'appel pour le District de Columbia, 17 janvier 2012, n° 11-7021, disponible sur <www.italaw.com >(dernier accès le 15 février 2014), p. 17 (« Accordingly, '[b]ecause we conclude that there can be only one possible outcome on the [arbitrability question] before us', *Stolt-Nielsen*, 130 S. Ct. at 1770, namely, that *BG Group* was required to commence a lawsuit in Argentina's courts and wait eighteen months before filing for arbitration pursuant to Article 8(3) if the dispute remained, we reverse the orders denying the motion to vacate and granting the cross-motion to confirm the Final Award, and we vacate the Final Award »).

<sup>40</sup> *John Wiley & Sons, Inc. v. Livingston*, 376 U.S. 543 (1964) ; *Howsam v. Dean Witter Reynolds Inc.*, 537 U.S. 79 (2002).

<sup>41</sup> V. *John Wiley & Sons, Inc. v. Livingston*, 376 U.S. 543 (1964), spéc. § 558 (« Once it is determined, as we have, that the parties are obligated to submit the subject matter of a dispute to arbitration, 'procedural' questions which grow out of the dispute and bear on its final disposition should be left to the arbitrator ») ; *Howsam v. Dean Witter Reynolds Inc.*, 537 U.S. 79 (2002), spéc. § 84 (« [P]rocedural questions which grow out of the dispute and bear on its final disposition are presumably not for the judge, but for an arbitrator, to decide »).

l'arbitrage »<sup>42</sup> dont la violation relève de la seule appréciation des arbitres, et non une « condition substantielle de formation de l'accord d'arbitrage » soumise au contrôle des juges<sup>43</sup>.

En matière d'arbitrage CIRDI, la distinction a une moindre incidence sur les voies de recours à l'encontre de la sentence, dans la mesure où les voies de recours ouvertes à l'article 52 de la Convention de Washington ne font pas de distinction en termes de compétence ou de recevabilité<sup>44</sup>. Les deux voies de recours les plus susceptibles d'être utilisées à cet égard sont, d'une part, l'article 52(1)(b) qui ouvre une voie d'annulation de la sentence en cas d'excès de pouvoir manifeste du tribunal arbitral et, d'autre part, l'article 52(1)(d) qui ouvre une voie d'annulation de la sentence en cas d'inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure.

<sup>42</sup> *BG Group c. République d'Argentine*, Cour suprême des Etats-Unis, 5 mars 2014, n° 12-138, disponible sur <www.italaw.com> (dernier accès le 13 mars 2014), p. 8 (« *The provision before us is of the latter, procedural, variety. The text and structure of the provision make clear that it operates as a procedural condition precedent to arbitration. [...] It determines when the contractual duty to arbitrate arises, not whether there is a contractual duty to arbitrate at all* »).

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 14 (« *The Treaty nowhere says that the provision is to operate as a substantive condition on the formation of the arbitration contract, or that it is a matter of such elevated importance that it is to be decided by courts* »).

<sup>44</sup> *V. Consortium Groupement L.E.S.I.-DIPENTA c. République Algérienne Démocratique et Populaire*, Affaire CIRDI n° ARB/03/08, Sentence, 10 janvier 2005, § 2, p. 12 (« *Il est vrai que, dans les procédures CIRDI, la distinction est sans portée pratique, à la différence de ce qui peut valoir dans d'autres procédures arbitrales ; en effet, les recours à l'encontre des décisions rendues à propos de l'une ou de l'autre question ne sont pas différents, dans le système de la Convention, qu'il s'agisse de compétence ou de fins de non-recevoir* »). Sur la possibilité de fonder un recours en annulation pour excès de pouvoir aussi bien sur des aspects de compétence que des aspects de recevabilité, dans le contexte du CIRDI, v. *MTD Equity Sdn. Bhd. et MTD Chile S.A. c. République du Chili*, Affaire CIRDI n° ARB/01/7, Décision sur l'annulation, 21 mars 2007, § 54 (« *It is true also that the grounds for annulment do not distinguish formally (as, say, the UNCITRAL Model Law does) between jurisdictional errors and errors concerning the merits of the dispute and that a manifest excess of powers could well occur on a question of merits* ») ; *Hussein Nuaman Soufraki c. Emirats Arabes Unis*, Affaire CIRDI n° ARB/02/7, Décision du Comité *ad hoc* sur la demande d'annulation de M. Soufraki, 5 juin 2007, § 118 (« *Article 52(1)(b) of the Convention does not distinguish between findings on jurisdiction and findings on the merits* ») ; *CMS Gas Transmission Company c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/01/8, Décision du Comité *ad hoc* sur la demande d'annulation de l'Argentine, 25 septembre 2007, § 49 (« *It is well established that the ground of manifest excess of powers is not limited to jurisdictional error* ») ; *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/07/26, Décision sur la compétence, 19 décembre 2012, § 117 (« *In the ICSID system, a decision stating that a claim lacks admissibility may be brought before an annulment committee based on one of the grounds listed in Article 52(1) of the Convention and in particular when the claimant alleges that the tribunal had 'manifestly exceeded its powers' (lit. b). This feature of ICSID practice renders both the distinction wrong in theory and useless in practice* ») ; *Impregilo S.p.A. c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/07/17, Décision du Comité *ad hoc* sur la demande d'annulation de l'Argentine, 24 janvier 2014, § 125 (« *From the decisions of various ad hoc Committees, it is clear and not disputed by the parties in this case, that manifest excess of powers may relate to jurisdictional or substantive issues. Manifest excess of powers may occur when an arbitral tribunal decides on matters which the parties did not submit to it, when the tribunal failed to apply the proper law, or did not apply the law agreed upon by the parties. In those cases the excess of powers must be considered 'manifest'* »).

En ce qui concerne l'article 52(1)(b) de la Convention de Washington, la question en pratique ne s'est pas posée dans ces termes, le débat lancé par certains auteurs s'étant limité à la question de savoir si le caractère « manifeste » de l'excès de pouvoir ne devrait être démontré que lorsque cet excès de pouvoir concerne une question de fond, l'excès de pouvoir étant par définition manifeste lorsque le tribunal s'est déclaré à tort compétent ou incompétent<sup>45</sup>. Il est possible de se demander si un comité *ad hoc* pourrait annuler une sentence pour excès de pouvoir manifeste lorsque l'obligation de négociations préalables contenue dans la clause de règlement des différends n'a pas été respectée, les seuls critères à retenir étant un excès de pouvoir et que cet excès de pouvoir soit manifeste. Ainsi, pour les comités *ad hoc* qui ont eu à se prononcer sur la question de savoir si l'obligation de saisine préalable des juridictions locales pendant une période de 18 mois pouvait être écartée par le jeu d'une clause de la nation la plus favorisée incluse dans le traité de base et permettant à l'investisseur de se prévaloir d'une convention d'arbitrage plus favorable contenue dans un traité tiers, la qualification de compétence ou de recevabilité n'était pas, en tant que telle, essentielle<sup>46</sup>.

<sup>45</sup> Z. DOUGLAS, *The International Law of Investment Claims*, *op. cit.*, §§ 308-309 (« Article 52(1)(b) of the ICSID Convention refers to a 'manifest excess of power' as a ground for annulment. [...] The key to a rational interpretation of Article 52 (1)(b) is to differentiate between the types of powers that are possessed by an ICSID tribunal. Where the tribunal has determined an issue going to the merits of the dispute by exercising a power that it does not possess or failing to exercise a power that it does possess, and this misfeasance or nonfeasance is adjudged to have had a 'manifest' impact on the tribunal's award, then it will be susceptible to censure by an annulment committee. Where, however, the tribunal has ruled upon an issue going to the existence or scope of its adjudicatory power (jurisdiction) by the same form of misfeasance or nonfeasance, the 'manifest' threshold has been satisfied *per se* because the tribunal's decisions on all other aspects of the dispute are infected by that 'excess of power'. [...] Unfortunately ICSID annulment committees to date appear to have applied a uniform threshold to all issues arising in an ICSID arbitration, despite the conceptual difficulties in approaching the review of jurisdictional questions in the same way as questions pertaining to the merits. A justification for this uniform approach to the interpretation of Article 52(1)(b) has never been articulated »); P. PINSOLLE, « Investment Treaty Law : Current Issues », Vol. 1, BIICL Publication, 2006, p. 51, spéc. p. 28 (« I have therefore a preference for the positive approach- i.e the excess of powers is always 'manifest' with jurisdictional issues because it gives effect to the wording of the Convention. It illustrates, in reality, the inherent flexibility of the Washington Convention »).

*Contra*, v. E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, Volume 2, Pedone, 2009, pp. 401-403. Cette position est adoptée par la jurisprudence majoritaire : v. *Hussein Nuaman Soufraki c. Emirats Arabes Unis*, Affaire CIRDI n° ARB/02/7, Décision du Comité *ad hoc* sur la demande d'annulation de M. Soufraki, 5 juin 2007, § 118 (« The *ad hoc* Committee sees no reason why the rule that an excess of power must be manifest in order to be annulable should be disregarded when the question under discussion is a jurisdictional one »); *Empresas Lucchetti, S.A. et Lucchetti Peru, S.A. c. République du Pérou*, Affaire CIRDI n° ARB/03/4, Décision sur l'annulation, 5 septembre 2007, § 101 (« The *Ad hoc* Committee, for its part, attaches weight to the fact that the wording of Article 52(1)(b) is general and makes no exception for issues of jurisdiction. [...] From this perspective, the Committee considers that the word 'manifest' should be given considerable weight also when matters of jurisdiction are concerned »). V. également Chr. SCHREUER, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge, CUP, 2009, pp. 942 et s.

<sup>46</sup> V. par exemple *Impregilo S.p.A. c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/07/17, Décision du Comité *ad hoc* sur la demande d'annulation de l'Argentine, 24 janvier 2014, §§ 125-141.

En ce qui concerne l'article 52(1)(d) de la Convention de Washington, il n'est pas exclu qu'un recours puisse être envisagé contre une sentence ayant constaté l'irrecevabilité d'une demande pour un motif de nature procédurale. Comme l'a remarqué un auteur, cependant, un comité *ad hoc* devrait sans doute considérer que l'exigence d'une période de négociations préalables ne constitue pas une règle fondamentale de procédure comme peuvent l'être celles de l'impartialité des arbitres, du respect du contradictoire ou de l'égalité des parties<sup>47</sup>. C'est en ce sens que s'est prononcé le Comité *ad hoc* établi dans l'affaire *Impregilo c. Argentine*, en rejetant l'argument de l'Argentine selon lequel le non-respect par l'investisseur d'une condition de recours préalable aux juridictions locales constituait une inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure<sup>48</sup>. En d'autres termes, que l'arbitrage soit soumis au régime du CIRDI ou non, les recours ne sont pas ouverts contre une sentence pour violation d'une règle de procédure non fondamentale, par exemple l'imposition d'un délai ou une exigence de forme.

La distinction entre les notions de compétence et de recevabilité a ainsi des conséquences majeures sur l'organisation des voies de recours, au moins lorsque l'on ne se trouve pas en matière d'arbitrage CIRDI, ce qui justifie qu'elle fasse à elle seule l'objet d'une attention toute particulière de la part des plaideurs, une qualification en termes de recevabilité pouvant exclure tout contrôle ultérieur par le juge de l'annulation.

### C. Conséquence de la distinction sur la sanction

La qualification de l'exception retenue a, enfin, des conséquences directes sur la sanction du non-respect de la règle à l'origine de l'exception. Si le tribunal arbitral s'estime incompétent pour connaître d'une demande, l'instance sera définitivement close et les parties ne pourront pas soumettre la demande de nouveau au même tribunal. Si, à l'inverse, le tribunal rejette la demande en la jugeant irrecevable, dans certaines circonstances cette demande pourra être représentée, soit devant le même tribunal reconstitué, soit devant un tribunal constitué sur le fondement du même instrument, lorsque les circonstances à l'origine de l'irrecevabilité auront été purgées. C'est dans ce sens que s'est prononcé le tribunal arbitral dans l'affaire *Abaclat c. Argentine* :

« *Whereby a final refusal based on a lack of jurisdiction will prevent the parties from successfully re-submitting the same claim to the same body, a refusal based*

<sup>47</sup> V. E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, Volume 1, Pedone, 2004, p. 643. Sur ce que constitue une règle fondamentale de procédure, v. par exemple CIRDI, « Background Paper on Annulment for the Administrative Council of ICSID », 10 août 2012, § 100, disponible sur le site du CIRDI (dernier accès le 24 février 2014). V. également *Impregilo S.p.A. c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/07/17, Décision du Comité *ad hoc* sur la demande d'annulation de l'Argentine, 24 janvier 2014, § 164 (« *This Committee agrees with the determinations made by other committees as regards the requirement that the departure has to have a material impact on the outcome of the award for the annulment to succeed* »).

<sup>48</sup> *Impregilo S.p.A. c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/07/17, Décision du Comité *ad hoc* sur la demande d'annulation de l'Argentine, 24 janvier 2014, §§ 163-179.

*on admissibility will, in principle, not prevent the claimant from resubmitting its claim, provided it cures the previous flaw causing the inadmissibility* »<sup>49</sup>.

En cas d'irrecevabilité, le tribunal pourra décider de rejeter la demande purement et simplement ou de surseoir à statuer dans l'attente de la réalisation des conditions de recevabilité. Ainsi, dans l'affaire *SGS c. Philippines*, dans laquelle le tribunal arbitral a considéré que les demandes étaient irrecevables du fait de leur nature contractuelle et de la présence dans le contrat d'une clause attributive de juridiction attribuant compétence aux juridictions philippines, le tribunal a décidé de surseoir à statuer dans l'attente que les juridictions philippines se déterminent sur ces questions<sup>50</sup>. Tel n'a en revanche pas été le cas dans l'affaire *BIVAC c. Paraguay*, dont les faits étaient similaires, et dans laquelle le tribunal a également déclaré les demandes irrecevables pour les mêmes raisons sans accorder un sursis à statuer<sup>51</sup>.

Cette différence illustre le fait que les tribunaux ayant adopté une qualification en termes de recevabilité ont fait preuve d'une certaine flexibilité en cas de non-respect de ces conditions par le demandeur, ce qui n'est pas le cas des tribunaux ayant adopté une qualification de compétence<sup>52</sup>.

On voit donc à quel point la distinction entre les deux notions présente un intérêt autre que théorique. Elle revêt parfois un intérêt stratégique déterminant pour les plaideurs, qui devrait pousser ces derniers à prendre en compte non seulement la question de la qualification des exceptions mais également sa sanction dans leur stratégie procédurale. En pratique, en fonction de la solidité de leurs arguments, les parties auront intérêt ou non à adopter une qualification d'exception d'incompétence ou de recevabilité, pour ménager des possibilités de recours, obtenir une disjonction, ou laisser ouverte la possibilité que les demandes puissent être représentées à l'arbitrage. La jurisprudence récente en matière d'arbitrage investissement en fournit de nombreux exemples.

<sup>49</sup> *Abaclat et autres c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/07/5, Décision sur la compétence et la recevabilité, 4 août 2011 § 247. V. également W. BEN HAMIDA, *L'arbitrage transnational unilatéral*, Thèse Paris II, 2003, § 177 (« [U]ne distinction doit être effectuée entre les conditions relatives à la compétence, dont le non-respect entraîne le rejet définitif et irrévocable d'une demande, et les conditions de recevabilité, que l'investisseur peut éventuellement surmonter en formant une nouvelle demande »). Ainsi, dans l'affaire *Kilic c. Turkménistan*, l'investisseur a demandé au tribunal de qualifier la condition de recours préalable aux juridictions locales contenue dans le traité comme une condition de recevabilité pour obtenir un sursis à statuer : v. *Kiliç İnşaat İthalat İhracat Sanayi Ve Ticaret Anonim Şirketi c. Turkménistan*, Affaire CIRDI n° ARB/10/1, Sentence, 2 juillet 2013, §§ 6.3.3, 6.4.1.

<sup>50</sup> *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Philippines*, Affaire CIRDI n° ARB/02/6, Décision sur les objections à la compétence, 29 janvier 2004, §§ 169-176.

<sup>51</sup> *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. c. République du Paraguay*, Affaire CIRDI n° ARB/07/9, Décision sur les objections à la compétence, 29 mai 2009, §§ 159-161.

<sup>52</sup> V. notamment l'affaire *Kiliç İnşaat İthalat İhracat Sanayi Ve Ticaret Anonim Şirketi c. Turkménistan*, Affaire CIRDI n° ARB/10/1, Sentence, 2 juillet 2013, § 6.4.1, dans laquelle l'investisseur demandait au tribunal de qualifier une condition de recours préalable aux juridictions locales de condition de recevabilité : d'après le demandeur, « [t]ribunals possess far greater flexibility in dealing with admissibility requirements, where they consider that an admissibility requirement is contrary to good faith, or is futile and would not change the outcome, then they would have discretion not to impose the admissibility requirement ».

### III. UNE NOTION AU CŒUR DES CONTROVERSES RÉCENTES DU DROIT DES INVESTISSEMENTS

La distinction entre les notions de compétence et de recevabilité est d'autant plus importante en matière d'arbitrage investissement que ses enjeux se doublent de difficultés de qualification supplémentaires liées à la spécificité du droit des investissements. Cette spécificité est de trois ordres.

Elle tient d'abord à la diversité et au nombre des acteurs concernés. Alors que le contentieux porté devant la CIJ ne fait intervenir que des Etats et que le nombre de demandeurs potentiels est par définition limité, l'arbitrage investissement met en contact Etats et personnes privées, physiques ou morales, dont le nombre est potentiellement illimité. Ensuite, la multiplication et la diversité des instruments applicables en matière de droit des investissements, qui fait intervenir traités, lois nationales et contrats de droit privé, fait également naître de nouvelles questions et de nombreuses difficultés de qualification. Il est en effet extrêmement fréquent que l'arbitrage résulte non pas d'un instrument unique, mais de deux, voire trois instruments, et que le consentement à l'arbitrage soit dissocié dans le temps. A cette première strate d'instruments s'en superpose parfois une seconde, quand l'arbitrage repose non pas seulement sur la violation d'un traité mais également sur les violations alléguées d'un ou plusieurs contrats de droit privé, qui sont susceptibles de contenir eux-mêmes des clauses attributives de juridiction. Enfin, la spécificité de la distinction en matière de droit des investissements tient à la multiplication et à la diversité des tribunaux. La multiplication des contentieux conjuguée à l'absence de *stare decisis* contribue incontestablement à une confusion accrue entourant ces notions, les tribunaux s'étant prononcés à leur sujet ayant parfois retenu des qualifications diamétralement opposées.

La jurisprudence récente fournit plusieurs exemples de ces difficultés, qu'il est intéressant d'examiner à la lumière des concepts dégagés dans le contexte de la CIJ. La distinction entre compétence et recevabilité se retrouve ainsi au cœur des polémiques récentes concernant les conditions procédurales préalables à l'arbitrage (A), les procédures parallèles (B) et les actions de groupe (C) ; dans le même temps et inversement, l'analyse de ces questions permet de déterminer le bien-fondé de la distinction traditionnelle du droit international et son caractère approprié pour faire face aux difficultés sans cesse renouvelées du droit des investissements.

#### **A. La question des conditions préalables à la saisine du tribunal**

La question des conditions préalables à la saisine du tribunal offre un premier exemple des difficultés de qualification tenant à l'interprétation du consentement de l'Etat à l'arbitrage. Souvent insérées dans les traités de promotion et de protection des investissements, ces conditions peuvent prendre plusieurs formes. Il s'agira par exemple de l'obligation pour l'investisseur de recourir à des négociations pour aboutir à un règlement amiable du différend (généralement pendant une période déterminée), de recourir aux juridictions locales pendant

une période déterminée (voire d'épuiser les recours locaux), ou parfois une combinaison de ces conditions<sup>53</sup>.

En droit international général, la condition de négociation préalable et celle d'épuisement des voies de recours internes – que la CIJ a considéré constituer « une règle bien établie du droit international coutumier »<sup>54</sup> – ont généralement été considérées comme des conditions relevant de la recevabilité de la demande<sup>55</sup>. La question a une logique propre en droit international : elle a pour

<sup>53</sup> V. par exemple, l'article VIII du traité Italie-Argentine du 22 mai 1990 qui impose, avant le recours à l'arbitrage international, le recours à des « consultations amiables » puis aux « juridictions judiciaires ou administratives compétentes de la partie sur le territoire de laquelle l'investissement est réalisé » pendant une période de 18 mois ; l'article VI du traité US-Equateur du 27 août 1993, qui impose le recours à des consultations et négociations pendant une période de six mois entre la naissance du différend et le recours à l'arbitrage ; ou encore l'article VII du traité Turquie-Turkménistan du 13 mars 1997, qui impose des obligations similaires.

<sup>54</sup> *Affaire de l'Interhandel, Etats-Unis c. Suisse*, Arrêt du 21 mars 1959, *CIJ Recueil 1959*, p. 6, spéc. p. 26. La Cour précise : « Bien que visant la compétence de la Cour, cette exception doit être considérée comme dirigée contre la recevabilité de la requête du Gouvernement suisse ». *Ibid.*, p. 26.

<sup>55</sup> Sur la qualification de la condition d'épuisement des recours locaux comme une condition de recevabilité de la demande, v. par exemple J. CRAWFORD, *Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite*, Pedone, 2003, article 44 (« Recevabilité de la demande : La responsabilité de l'Etat ne peut pas être invoquée si : [...] b) Toutes les voies de recours internes disponibles et efficaces n'ont pas été épuisées au cas où la demande est soumise à la règle de l'épuisement des voies de recours internes ») ; S. ROSENNE, *The Law and Practice of the International Court 1920-2005*, Martinus Nijhoff Publ., 2006, p. 822 (« *In the Panevezys-Saldutiskis Railway case the Permanent Court rejected an objection based on the nationality of claims rule and accepted a second objection based on the exhaustion of local remedies rule. In that case the objections, being objections to the admissibility, were joined to the merits and the Court's decision was reached after full argument* »), p. 882 (« *In the Ambatielos (Merits: Obligation to Arbitrate) case, however, the present Court held it to be a defence directed to the admissibility cognizable in that case by the Arbitral Commission to be set up in accordance with that judgment. In the Interhandel case the same objection was advanced as an objection to the jurisdiction, but specifically held by the Court to be an objection to the admissibility. In the Barcelona Traction (New Application) case the objection to the admissibility was joined to the merits, since allegations of denial of justice constituted the major part of the merits* ») ; I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, Oxford, OUP, 2012, p. 710 (« *An important rule of admissibility applies to cases of diplomatic protection as opposed to instances of direct injury to the state* ») ; C. SANTULLI, *Droit du contentieux international, op. cit.*, § 461 (« En droit de la responsabilité internationale, la règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes détermine le moment de la violation des obligations internationales relatives au traitement des étrangers, dont elle précise ainsi l'objet. Le droit du procès en fait une condition de recevabilité de plusieurs types d'actions internationales ») ; M. GRANGE, *Compétence du juge et recevabilité de la requête : leurs relations dans l'exercice du pouvoir juridictionnel – l'exemple de la Cour internationale de Justice*, Thèse Paris II, 7 décembre 2011, *op. cit.*, p. 97 (« L'autre condition majeure en matière de protection diplomatique est celle de l'épuisement des voies de recours internes. Bien que la question ait fait débat, il est désormais reconnu qu'il s'agit clairement d'une condition de recevabilité de la requête introduisant ce type de réclamation devant une juridiction internationale ») ; P.-M. DUPUY, Y. KERBRAT, *Droit international public*, Dalloz, 2010, § 553 (« Les exceptions d'incompétence doivent être clairement distinguées de celles qui touchent à l'irrecevabilité d'une requête, lesquelles peuvent être examinées par la Cour sans que la compétence de la Cour soit contestée ou indépendamment de cette contestation. Elles peuvent être notamment soulevées parce que les voies de recours internes n'auraient pas été épuisées préalablement (affaire de *l'Interhandel* 1959), soit parce qu'il n'y aurait pas eu, préalablement à l'invocation de la voie contentieuse, épuisement des voies diplomatiques envisageables ») ; *Affaire de l'Interhandel, Etats-Unis c. Suisse*, Arrêt du 21 mars 1959, *CIJ Recueil 1959*, p. 6, spéc. p. 26 (« Bien que visant la compétence de la Cour, cette

objet de faire en sorte que tout ait été mis en œuvre pour la remédiation du manquement à l'obligation de droit international avant que la responsabilité internationale de l'Etat puisse être engagée par voie judiciaire<sup>56</sup>. En ce sens, elle ne touche pas à l'existence et à l'étendue du consentement de l'Etat à porter son différend devant le juge international ; il n'en va différemment que si la condition a été posée par l'Etat comme une condition de son consentement à la compétence de la Cour<sup>57</sup>.

---

exception doit être considérée comme dirigée contre la recevabilité de la requête du Gouvernement suisse. En effet, par sa nature, elle se présente comme un moyen qui deviendrait sans objet au cas où serait remplie la condition d'épuisement préalable des recours internes ») ; *Affaire Ambatielos, Grèce c. Royaume-Uni*, Arrêt du 19 mai 1953, *CIJ Recueil 1953*, p. 28, § 44 (« En ce qui est [du non épuisement des recours internes], il suffit à la Cour d'observer que ce sont des moyens de défense qui visent la recevabilité de la réclamation Ambatielos [...] »). Sur la qualification de la condition de négociations diplomatiques comme une condition de recevabilité de la demande, v. par exemple P.-M. DUPUY, Y. KERBRAT, *Droit international public, op. cit.*, § 553 (« Les exceptions d'incompétence doivent être clairement distinguées de celles qui touchent à l'irrecevabilité d'une requête, lesquelles peuvent être examinées par la Cour sans que la compétence de la Cour soit contestée ou indépendamment de cette contestation. Elles peuvent être notamment soulevées parce que les voies de recours internes n'auraient pas été épuisées préalablement (affaire de l'*Interhandel* 1959), soit parce qu'il n'y aurait pas eu, préalablement à l'invocation de la voie contentieuse, épuisement des voies diplomatiques envisageables ») ; C. SANTULLI, *Droit du contentieux international, op. cit.*, §§ 456-460 (étudiant le préalable des négociations diplomatiques au sein des « conditions spéciales de recevabilité ») ; Charles DE VISSCHER, *Aspects récents du droit procédural de la Cour internationale de justice*, Pedone, 1966, spéc. p. 87 (« [...] semblable au moins à cet égard à l'exigence de l'épuisement préalable des recours internes, la condition du préalable diplomatique [...] se présent[e...] comme une condition préalable à toute action internationale dans le cadre général des procédures de règlement pacifique : conciliation, règlement arbitral, règlement judiciaire. Il ne s'agit plus ici, [...] de la compétence de la Cour, mais de conditions auxquelles les Parties ont entendu subordonner la recevabilité du recours à sa juridiction »).

<sup>56</sup> I. BROWNIE, *Principles of Public International Law*, Oxford, OUP, 2012, p. 711 ; M. GRANGE, *Compétence du juge et recevabilité de la requête : leurs relations dans l'exercice du pouvoir juridictionnel – l'exemple de la Cour internationale de Justice, op. cit.*, spéc. pp. 97-98.

<sup>57</sup> V. *Activités armées sur le territoire du Congo, République démocratique du Congo c. Rwanda*, Arrêt du 3 février 2006, *CIJ Recueil 2006*, p. 6, spéc. § 88 : « La Cour se penchera toutefois au préalable sur l'argument de la RDC selon lequel l'exception tirée du non-respect des conditions préalables prévues dans les clauses compromissaires, et en particulier à l'article 29 de la convention, constitue une exception à la recevabilité de sa requête plutôt qu'à la compétence de la Cour. A cet égard, la Cour rappellera que sa compétence repose sur le consentement des parties, dans la seule mesure reconnue par celles-ci (voir paragraphe 65 ci-dessus), et que, lorsque ce consentement est exprimé dans une clause compromissoire insérée dans un accord international, les conditions auxquelles il est éventuellement soumis doivent être considérées comme en constituant les limites. De l'avis de la Cour, l'examen de telles conditions relève en conséquence de celui de sa compétence et non de celui de la recevabilité de la requête ». En droit des investissements, cette limitation a également été reconnue, autant en jurisprudence qu'en doctrine : v. *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/07/26, Décision sur la compétence, 19 décembre 2012, § 125 : (« *If the applicable provision on dispute resolution qualifies such condition as a requirement to be complied with before the tribunal can affirm its jurisdiction, the provision then must also pertain to jurisdiction. No theoretical assumption can remove from that condition its jurisdictional character merely by qualifying it pursuant to a legal fiction a condition of admissibility with the effect that any form of non-compliance could be waived or cured by acquiescence. This jurisdictional element is all the more present when jurisdiction is based on consent, as it must be under the ICSID Convention* ») ; *Kiliç İnşaat İthalat İhracat Sanayi Ve Ticaret Anonim Şirketi c. Turkménistan*, Affaire CIRDI n° ARB/10/1, Sentence, 2 juillet 2013, § 6.2.3 (« *There is no dispute between the parties that states*



En droit des investissements, l'une de ces conditions est très fréquemment, voire systématiquement, incluse dans la clause de règlement des différends des traités bilatéraux ou multilatéraux de promotion et de protection des investissements. La jurisprudence est, sur ce thème, partagée : les tribunaux arbitraux qui ont estimé que la condition, qu'ils estiment procédurale, de négociations amiables préalables posées dans la clause de règlement des différends ne constitue pas une condition du consentement de l'Etat à l'arbitrage, ont statué en faveur d'une qualification de recevabilité<sup>58</sup> ; à l'inverse, les tribunaux ayant considéré que les

---

*which wish to agree to ICSID arbitration are free to impose conditions that inform their consent to arbitrate* »). V. également l'opinion dissidente de W. Park dans *Kiliç İnşaat İthalat İhracat Sanayi Ve Ticaret Anonim Şirketi c. Turkménistan*, Affaire CIRDI n° ARB/10/1, Sentence, Opinion dissidente de W.W. Park, 20 mai 2013, §§ 20-30, (« *Few requirements introduced by 'provided that' possess an intrinsically jurisdictional quality. Instead, the meaning of a proviso depends on the drafters' intent as evidenced by context, structure and wording, construed in light of all related factors. The present interpretative exercise might yield a different conclusion had the treaty employed other language, such as a statement saying 'investors are entitled to arbitrate only after going to local courts'* ») ; *Abaclat et autres c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/07/5, Décision sur la compétence et la recevabilité, Opinion dissidente de G. Abi-Saab, 28 octobre 2011, § 126 (« *Jurisdiction is first and foremost a power, the legal power to exercise the judicial or arbitral function. Any limits to this power, whether inherent or consensual, i.e. stipulated in the jurisdictional title (consent within certain limits, or subject to reservations or conditions relating to the powers of the organ) are jurisdictional by essence* ») ; J. PAULSSON, « *Jurisdiction and Admissibility* », in G. AKSEN, K.-H. BÖCKSTIEGEL, M. J. MUSTILL, P. M. PATOCCHI, A. M. WHITESELL (eds), *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution. Liber Amicorum in Honour of Robert Briner*, op. cit., pp. 601-617, spéc. p. 616, note 47 (« *In cases where the State parties have given broad consent to ICJ jurisdiction, arguments about nationality or exhaustion of local remedies may be classified as matters of admissibility because the court's authority in a general sense remains. If an ephemeral arbitral tribunal is established under a treaty which contains requirements as to the nationality of private claimants, or as to their prior exhaustion of local remedies, the claims as such are perhaps subject to no impediment but the forum seized is lacking one of the elements required to give it life in the first place. For such a tribunal these are matters of jurisdiction* ») ; M. GRANGE, *Compétence du juge et recevabilité de la requête : leurs relations dans l'exercice du pouvoir juridictionnel – l'exemple de la Cour internationale de Justice*, op. cit., spéc. p. 73 (« *[I] arrive que certains moyens habituellement visés par le statut d'une juridiction apparaissent également dans les consentements d'États à la compétence du juge* »), pp. 164-165 (« *Dès lors qu'une limite est posée dans le titre de compétence, elle est un motif d'incompétence si elle n'est pas remplie, qu'elle soit procédurale ou substantielle. Cet obstacle, du fait de sa double qualification potentielle en fonction des circonstances, marque la relativité de la distinction compétence-recevabilité, résultant du fait qu'il n'existe pas de classification par nature des obstacles juridictionnels* »).

<sup>58</sup> *Abaclat et autres c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/07/5, Décision sur la compétence et la recevabilité, 4 août 2011, § 496 (« *The Tribunal is of the opinion that the negotiation and 18 months litigation requirements relate to the conditions for implementation of Argentina's consent to ICSID jurisdiction and arbitration, and not the fundamental question of whether Argentina consented to ICSID jurisdiction and arbitration* »), et opinion dissidente de G. Abi-Saab, § 18 (« *Generically, the admissibility conditions relate to the claim, and whether it is ripe and capable of being examined judicially, as well as to the claimant, and whether he or she is legally empowered to bring the claim to court* ») ; *BG Group Plc c. République d'Argentine*, CNUDCI, Sentence finale, 24 décembre 2007, §§ 140-157 ; *Hochtief AG c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/07/31, Décision sur la compétence, 24 octobre 2011, § 96 (« *[The Tribunal] regards the 18-month period as a condition relating to the manner in which the right to have recourse to arbitration must be exercised – as a provision going to the admissibility of the claim rather than the jurisdiction of the Tribunal* »). D'autres tribunaux ont également retenu cette

exigences procédurales posées dans la clause de règlement des différends conditionnent le consentement de l'Etat à l'arbitrage ont statué en faveur d'une qualification de compétence<sup>59</sup>.

---

qualification sans spécifiquement la déduire d'une analyse du consentement de l'Etat à l'arbitrage, v. par exemple *Ethyl Corporation c. Gouvernement du Canada*, ALENA/CNUDCI, Sentence sur la compétence, 24 juin 1998, § 91 (« *The Tribunal has little trouble deciding that Claimant's unexplained delay in complying with Article 1121 is not of significance for jurisdiction in this case* »); *Goetz et al. c. Burundi*, Affaire CIRDI n° ARB/95/3, Sentence, 10 février 1999, § 92 (« Il ressort de ce qui précède que les conditions de recevabilité énoncées par l'article 8, paragraphes 2 et 3, de la Convention belgo-burundaise d'investissement sont satisfaites en ce qui concerne les conclusions de la requête portant sur la légalité et les conséquences juridiques du retrait du certificat d'entreprise franche en date du 29 mai 1995 »); *Ronald Lauder c. République tchèque*, CNUDCI, Sentence finale, 3 septembre 2001, § 187 (« *[T]he Arbitral Tribunal considers that this requirement of a six-month waiting period of Article VI(3)(a) of the Treaty is not a jurisdictional provision, i.e. a limit set to the authority of the Arbitral Tribunal to decide on the merits of the dispute, but a procedural rule that must be satisfied by the Claimant* »); *SGS Société Générale de Surveillance SA c. Pakistan*, Affaire CIRDI n° ARB/01/13, Décision sur les objections à la compétence, 6 août 2003, § 184 (« *Tribunals have generally tended to treat consultation periods as directory and procedural rather than as mandatory and jurisdictional in nature. Compliance with such a requirement is, accordingly, not seen as amounting to a condition precedent for the vesting of jurisdiction* »); *Bayindir c. Pakistan*, Affaire CIRDI n° ARB/03/29, Décision sur la compétence, 14 novembre 2005, § 100 (« *The Tribunal agrees with the view that the notice requirement does not constitute a prerequisite to jurisdiction. Contrary to Pakistan's position, the non-fulfilment of this requirement is not 'fatal to the case of the claimant'* »); *Victor Pey Casado et President Allende Foundation c. République du Chili*, Affaire CIRDI n° ARB/98/2, Sentence, 8 mai 2008, § 573 (« *[l]'objection de la défenderesse ne peut pas être retenue parce que l'exigence de consultations préalables amiables ou de tentatives de conciliation (selon une formule souvent incluse dans les traités bilatéraux d'investissement comme en maints accords comportant des clauses d'arbitrage) n'a en général et dans le présent litige aucun caractère impératif ou contraignant, mais plutôt et seulement le caractère d'une simple recommandation procédurale, voire d'une clause de style diplomatique* »).

<sup>59</sup> *ICS Inspection and Control Services Limited c. République d'Argentine*, CNUDCI, Affaire CPA n° 2010-09, Sentence sur la compétence, 10 février 2012, § 258 (« *The Court recalls in this regard that its jurisdiction is based on the consent of the parties and is confined to the extent accepted by them [...]. When that consent is expressed in a compromissory clause in an international agreement, any conditions to which such consent is subject must be regarded as constituting the limits thereon. The Court accordingly considers that the examination of such conditions relates to its jurisdiction and not to the admissibility of the application* »); *Kiliç İnşaat İthalat İhracat Sanayi Ve Ticaret Anonim Şirketi c. Turkménistan*, Affaire CIRDI n° ARB/10/1, Sentence, 2 juillet 2013, §§ 6.3.4, 6.3.15 (« *The Tribunal considers that, to the extent that it was seeking to make a general proposition that went beyond the terms of the BIT at issue in that case, the majority in Abaclat fell into legal error. This is because Article 26 of the ICSID Convention explicitly recognises that a Contracting State may impose conditions on its consent to arbitration under the ICSID Convention, in a manner that determines the conditions in which jurisdiction may be said to exist and be capable of being exercised (without prejudice to any issue as to admissibility). [...] For these reasons, and on the basis of the factual record, the Tribunal concludes that the requirements set forth in Article VII.2 are to be treated as conditions, and that the failure to meet those conditions goes to the existence of the Tribunal's jurisdiction, and are not to be treated as issues of admissibility* »). Pour des sentences ayant retenu une qualification identique, v. également *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/01/3, Décision sur la Compétence, 14 janvier 2004, § 88 (« *Such requirement is in the view of the Tribunal very much a jurisdictional one* »); *Burlington Resources Inc. c. Equateur*, Affaire CIRDI n° ARB/08/5, Décision sur la compétence, 2 juin 2010, § 318 (« *As a result, the Tribunal upholds Respondent's objection and declares that it lacks jurisdiction [...]* »); *Murphy Exploration and Production Company International c. Equateur*, Affaire CIRDI n° ARB/08/4. Sentence sur la compétence, 15 décembre 2010, § 149 (« *This Tribunal*

L'affaire *Abaclat c. Argentine* a donné lieu à un débat approfondi sur cette distinction. L'article 8 du traité bilatéral entre l'Argentine et l'Italie sur lequel était fondé l'arbitrage prévoyait un certain nombre d'étapes procédurales préalables à l'arbitrage, notamment le recours à des négociations amiables par les parties pendant une période de six mois, « dans la mesure du possible », puis le recours aux juridictions locales pendant une période de 18 mois<sup>60</sup>. Il n'était pas contesté que ces étapes préalables n'avaient pas été respectées par les demandeurs et l'Argentine soulevait l'incompétence du tribunal arbitral sur ce fondement. Dans sa sentence, le tribunal a considéré que le consentement de l'Argentine à l'arbitrage résultait de l'adhésion de cet Etat à la Convention de Washington et de son acceptation de l'arbitrage CIRDI en vertu de l'article 8 du Traité pour une catégorie de différends donnés, à savoir les différends « en relation avec les matières régies par [le traité] » et « relatifs aux investissements » tels que définis par le traité. Le tribunal a considéré que ces conditions étaient bien remplies et qu'il était par conséquent compétent. Il a par ailleurs estimé que les conditions imposant la conduite de négociations préalables et le recours aux juridictions nationales pendant une période de 18 mois tenaient aux « conditions de mise en œuvre du consentement de l'Argentine à la compétence du CIRDI et à l'arbitrage », et non à la « question fondamentale de savoir si l'Argentine avait consenti à la compétence du CIRDI et à l'arbitrage ». Le tribunal en a déduit qu'il s'agissait d'une question de recevabilité<sup>61</sup>.

---

*finds the requirement that the parties should seek to resolve their dispute through consultation and negotiation for a six-month period does not constitute, as Claimant and some arbitral tribunals have stated, 'a procedural rule' or a 'directory and procedural' rule which can or cannot be satisfied by the concerned party. To the contrary, it constitutes a fundamental requirement that Claimant must comply with, compulsorily, before submitting a request for arbitration under the ICSID rules » ; Maffezini c. République d'Argentine, Affaire CIRDI n° ARB/97/7, Sentence sur la compétence, 25 janvier 2000, § 36 (« Had this been the Claimant's sole argument on the issue, the Tribunal would have had to conclude that because the Claimant failed to submit the instant case to Spanish courts as required by Article X(2) of the BIT, the Centre lacked jurisdiction and the Tribunal lacked competence to hear the case ») ; Impregilo S.p.A. c. Espagne Affaire CIRDI n° ARB/07/17, Sentence, 21 juin 2011, § 94 (« In sum, Article 8(3) contains a jurisdictional requirement that has to be fulfilled before an ICSID tribunal can assert jurisdiction »).*

<sup>60</sup> L'article 8(1) à 8(3) du traité était rédigé de la manière suivante : « 1. Any dispute in relation to the investments between a Contracting Party and an investor of the other Contracting Party in relation to the issues governed by this Agreement shall be settled, if possible, by means of amicable consultation between the parties to the dispute. 2. If the dispute has not been settled in such consultation, it may be subject to the competent ordinary or administrative court of the Contracting Party in the territory of which the investment is located. 3. If, after 18 months from the notification of commencement of an action before the national courts indicated in the above paragraph 2, the dispute between the Contracting Party and the investors still continues to exist, it may be subject to international arbitration. With this purpose and under this Agreement, each Contracting Party grants its anticipated and irrevocable consent that any dispute may be subject to arbitration ».

<sup>61</sup> *Abaclat et autres c. République d'Argentine, Affaire CIRDI n° ARB/07/5, Décision sur la compétence et la recevabilité, 4 août 2011, § 496 (« The Tribunal is of the opinion that the negotiation and 18 months litigation requirements relate to the conditions for implementation of Argentina's consent to ICSID jurisdiction and arbitration, and not the fundamental question of whether Argentina consented to ICSID jurisdiction and arbitration. Thus, any non-compliance with such requirements may not lead to a lack of ICSID jurisdiction, and only – if at all – to a lack of admissibility of the claim, and will thus be addressed when dealing with issues of admissibility »).*

Dans son opinion dissidente, l'un des arbitres a considéré au contraire que toutes les conditions, réserves ou limites insérées par les parties dans le « titre juridictionnel » conditionnaient le consentement des parties à l'arbitrage et constituaient de ce fait des conditions de compétence<sup>62</sup>. Un raisonnement similaire se retrouve dans l'opinion dissidente émise sur le même sujet par l'un des arbitres dans l'affaire *Impregilo c. Argentine*<sup>63</sup>. Le raisonnement repose sur l'idée que « le consentement à l'arbitrage est un consentement différent de celui donné par l'Etat à un autre Etat lorsqu'il ratifie le traité » et que le consentement donné par un Etat à un autre Etat pour accorder des droits aux investisseurs dans le traité ne signifie pas qu'il a automatiquement donné son consentement à ce que ces investisseurs le poursuivent directement dans un arbitrage international. Un « consentement spécifique [à l'arbitrage] doit être donné à l'intérieur du traité » et l'Etat est libre de façonner ce consentement comme il le souhaite en prévoyant les conditions auxquelles ce consentement est soumis, c'est-à-dire les « conditions en vertu desquelles une 'offre d'arbitrage' est faite aux investisseurs étrangers ». Ces conditions délimitent ce que l'arbitre appelle dans son opinion la compétence « *ratione voluntatis* » du tribunal et elles s'ajoutent aux conditions *ratione personae*, *ratione materiae* et *ratione temporis* qui doivent être remplies par la demande de l'investisseur pour bénéficier du traité<sup>64</sup>. Il en résulte, dans cette logique, que toutes les conditions insérées par l'Etat dans la clause de règlement des différends (qu'il s'agisse d'une période d'attente, d'une condition d'épuisement des recours internes, d'une restriction du champ de l'arbitrage ou du type d'arbitrage autorisé) constituent des conditions du consentement de l'Etat à l'arbitrage et, partant, des conditions de compétence<sup>65</sup>.

Un raisonnement similaire se retrouve dans la sentence *Daimler c. Argentine*, dans laquelle le tribunal a estimé que le simple fait que des conditions procédurales soient incluses dans le traité indique qu'elles reflètent « l'accord souverain de deux Etats » et non « une simple création administrative des arbitres », ce qui en fait des conditions « par nature juridictionnelles »<sup>66</sup>.

<sup>62</sup> *Abaclat et autres c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/07/5, Décision sur la compétence et la recevabilité, Opinion dissidente de G. Abi-Saab, 28 octobre 2011, § 23 (« *It is true that, under general international law, the two requirements in question are considered as conditions of admissibility. But when such conditions are included in the jurisdictional title, they condition, like any other reservation inserted in the jurisdictional title, the consent of the party or parties making them, to submit to the jurisdiction of the judicial or arbitral organ, and limit by that much the exercise by the organ of its jurisdiction. In other words, in this case these conditions become conventionally jurisdictional, in addition to being admissibility conditions by their legal nature* »).

<sup>63</sup> *Impregilo S.p.A. c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/07/17, Sentence, 21 juin 2011, Opinion concurrente et dissidente de B. Stern.

<sup>64</sup> *Ibid.*, § 51-52.

<sup>65</sup> *Ibid.*, § 88. Sur la notion de compétence « *ratione voluntatis* », v. en tout premier lieu *Phoenix Action, Ltd. c. République Tchèque*, Affaire CIRDI n° ARB/06/5, Sentence, 15 avril 2009, §§ 54, 66.

<sup>66</sup> *Daimler Financial Services AG c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/05/1, Sentence, 22 août 2012, § 193. V. également, dans le même sens *Kiliç İnşaat İthalat İhracat Sanayi Ve Ticaret Anonim Şirketi c. Turkménistan*, Affaire CIRDI n° ARB/10/1, Sentence, 2 juillet 2013, § 6.3.14 (« *Thus, when it accepted Respondent's conditional offer to arbitrate disputes in connection with its investments before an ICSID Tribunal, in order for the necessary consent/agreement in writing to result, the offer must have been accepted on the basis of, and having regard to, the conditions explicitly set out in the*

Ces développements appellent trois séries d'observations.

La première, ainsi qu'il a déjà été observé<sup>67</sup>, est que la qualification des conditions préalables à l'arbitrage comme conditions de compétence ou de recevabilité est loin d'être théorique ; elle s'est ainsi retrouvée au centre du débat sur le régime de la clause de la nation la plus favorisée et la question de savoir si elle peut s'appliquer à la clause de règlement des différends<sup>68</sup>. Certains tribunaux ont en effet considéré que la clause de la nation la plus favorisée ne saurait s'appliquer aux aspects relevant du règlement des différends ; la possibilité pour un investisseur d'invoquer une telle clause pour écarter une condition préalable à l'arbitrage ou bénéficier d'une condition plus souple (par exemple l'obligation de recourir aux juridictions locales pendant une période de 6 mois au lieu de 18 mois) pourra dépendre alors de la question de savoir si ces conditions constituent des conditions de compétence ou de recevabilité<sup>69</sup>.

---

*BIT* ») et l'opinion en sens contraire de l'arbitre dissident W. Park dans *Kiliç İnşaat İthalat İhracat Sanayi Ve Ticaret Anonim Şirketi c. Turkménistan*, Affaire CIRDI n° ARB/10/1, Sentence, Opinion dissidente de W. Park, 20 mai 2013, §§ 27-29 (« *Procedural flaws that may be cured during the arbitration are often characterized by reference to notions such as ripeness, recevabilité or admissibility. Such terms derive not from technical treaty definition, but from usage as convenient labels to describe steps to be taken either before or after constitution of a tribunal, even if they must be met prior to merits being addressed. These distinctions remain commonplace. Arbitrators often confirm jurisdiction, but proceed to the merits only 'provided that' Terms of Reference are signed, deposits lodged, and/or settlement mechanisms satisfied. Such requirements may be met after exercise of a right to arbitrate. Few requirements introduced by 'provided that' possess an intrinsically jurisdictional quality. Instead, the meaning of a proviso depends on the drafters' intent as evidenced by context, structure and wording, construed in light of all related factors* »).

<sup>67</sup> V. *supra*, Partie II, pp. 784 et s.

<sup>68</sup> Sur le régime de la clause de la nation la plus favorisée et son application à la clause de règlement des différends, v. notamment F. ORREGO VICUÑA, « Bilateral Investment Treaties and the Most-Favored-Nation Clause: Implication in the Light of a Recent ICSID Case » in *Investment Treaties and Arbitration*, ASA Special Series No. 19, 2002, p. 133 ; R. DOLZER, T. MYERS, « After Tecmed: Most-Favored-Nation clauses in Investment Protection Agreements », *ICSID Rev.*, 2004, 19, p. 49 ; E. GAILLARD, Y. BANIFATEMI, « Establishing Jurisdiction Through a Most-Favored-Nation Clause », *NYLJ*, 2 Juin 2005 ; D. FREYER, D. HERLIHY, « Most-Favored-Nation Treatment and Dispute Settlement in Investment Arbitration: Just How 'Favored' is 'Most-Favored'? », *ICSID Rev.*, 2005, 20, p. 58 ; R. TEITELBAUM, « Who's Afraid of Maffezini? Recent Developments in the Interpretation of Most Favored Nation Clauses », *J. Int. Arb.*, 2005, 22, p. 225 ; M. KINNEAR, A. BJORKLUND, J. HANNAFORD, *Investment Disputes under NAFTA – An Annotated Guide to NAFTA Chapter 11*, Kluwer Law International, 2006, pp. 1103-1 à 1103-25 ; A. F. RODRIGUEZ, « The Most-Favored-Nation Clause in International Investment Agreements. A Tool for Treaty Shopping? », *J. Int. Arb.*, 2008, 25, p. 89 ; Y. BANIFATEMI, « The Emerging Jurisprudence on the Most-Favoured-Nation Treatment in Investment Arbitration » in A. BJORKLUND, I. LAIRD, S. RIPINSKY (eds.), *Investment Treaty Law: Current Issues III*, BIICL, 2009, p. 241 ; CNUCED, *Most-Favoured Nation Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, 2010, disponible sur <[http://unctad.org/en/docs/diaeia20101\\_en.pdf](http://unctad.org/en/docs/diaeia20101_en.pdf)> ; Z. DOUGLAS, « The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation Off the Rails », *JIDS* 2011, 97, 2, p. 98 ; J.A. MAUPIN, « MFN-Based Jurisdiction in Investor-State Arbitration : Is There Any Hope for a Consistent Approach? », *JIEL*, 2011, 14, p. 157, spéc. p. 175 ; S.W. SCHILL, « Allocating Adjudicatory Authority : Most-Favoured-Nation Clauses as a Basis of Jurisdiction—A Reply to Zachary Douglas », *JIDS*, 2011, p. 353.

<sup>69</sup> Comparer avec la sentence rendue dans l'affaire *RosInvestsCo c. Russie*, dans laquelle le tribunal a accepté d'appliquer la clause de la nation la plus favorisée à la clause d'arbitrage, et notamment à la question de l'accès large à l'arbitrage pour connaître de l'intégralité du différend, qu'il a au préalable qualifiée de « procédurale ». *RosInvestCo UK Ltd c. Fédération de Russie*, Affaire SCC n° V

En deuxième lieu, la qualification de ces conditions en termes de compétence ou recevabilité déterminera en grande partie le régime de la sanction applicable en cas de violation. S'il s'agit de conditions de compétence, leur violation entraînera l'incompétence du tribunal et par conséquent en général le rejet immédiat des demandes, en même temps que la fin de la procédure. C'est par exemple la solution retenue par le tribunal dans l'affaire *Daimler c. Argentine*<sup>70</sup>. S'il s'agit d'exceptions d'irrecevabilité en revanche, l'éventail de sanctions sera plus étendu. Dans certains cas les tribunaux ont considéré que la violation des conditions de négociations préalables ou de recours aux juridictions internes ne devait pas conduire à l'irrecevabilité des demandes en constatant, soit que la période de négociations prévue dans le traité était dans tous les cas expirée, soit qu'il ressortait de la rédaction de la clause que ces conditions n'avaient qu'un caractère facultatif, soit encore qu'il ressortait des faits de l'espèce que les négociations ou le recours aux juridictions locales auraient été futiles<sup>71</sup>. Dans d'autres cas, les tribunaux ont purement et simplement rejeté les demandes pour irrecevabilité<sup>72</sup>. On pourrait par ailleurs tout à fait concevoir qu'un tribunal sursoie à statuer dans l'attente de la réalisation de ces conditions<sup>73</sup>. L'éventail de sanctions est donc large et directement lié à la qualification donnée par le tribunal.

De ce point de vue, une qualification des conditions préalables à l'arbitrage en termes de recevabilité semble davantage convaincante, y compris lorsque celles-ci figurent dans la clause de règlement des différends d'un traité bilatéral. En premier lieu, le fait qu'une condition incluse dans la clause de règlement des différends résulte de « l'accord souverain de deux Etats » n'est pas déterminant

---

079/2005, Sentence sur la compétence, octobre 2007, disponible sur <www.italaw.com>, spéc. § 132 (« *If this effect is generally accepted in the context of substantive protection, the Tribunal sees no reason not to accept it in the context of procedural clauses such as arbitration clauses. Quite the contrary, it could be argued that, if it applies to substantive protection, then it should apply even more to 'only' procedural protection* ») ; v., sur cette décision, Y. BANIFATEMI, « The Emerging Jurisprudence on the Most-Favoured-Nation Treatment in Investment Arbitration » in A. BJORKLUND, I. LAIRD, S. RIPINSKY (eds.), *Investment Treaty Law : Current Issues III*, BIICL, 2009, p. 241.

<sup>70</sup> *Daimler Financial Services AG c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/05/1, Sentence, 22 août 2012, § 286. V. également *Murphy Exploration et Production Company International c. Equateur*, Affaire CIRDI n° ARB/08/4, Sentence sur la compétence, 15 décembre 2010, § 157 ; *ICS Inspection and Control Services Limited c. République d'Argentine*, CNUDCI, Affaire CPA n° 2010-09, Sentence sur la compétence, 10 février 2012, §§ 326-327 ; *Kiliç İnşaat İthalat İhracat Sanayi Ve Ticaret Anonim Şirketi c. Turkménistan*, Affaire CIRDI n° ARB/10/1, Sentence 2 juillet 2013, § 10.1.1.

<sup>71</sup> V. par exemple *Ethyl Corporation c. Gouvernement du Canada*, ALENA/CNUDCI, Sentence sur la compétence, 24 juin 1998, §§ 84-85 ; *Ronald Lauder c. République Tchèque*, CNUDCI, Sentence finale, 3 septembre 2001, §§ 187-191 ; *Bayindir c. Pakistan*, Affaire CIRDI n° ARB/03/29, Décision sur la compétence, 14 novembre 2005, §§ 97-102 ; *Victor Pey Casado et Fondation du Président Allende c. Chili*, Affaire CIRDI n° ARB/98/2, Sentence, 8 mai 2008, § 573 ; *SGS Société Générale de Surveillance SA c. Pakistan*, Affaire CIRDI n° ARB/01/13, Décision du tribunal sur les objections à la compétence, 6 août 2003, § 184 ; *BG Group Plc c. République d'Argentine*, CNUDCI, Sentence finale, 24 décembre 2007, §§ 140-157 ; *Abaclat et autres c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/07/5, Décision sur la compétence et la recevabilité, 4 août 2011, §§ 567-591.

<sup>72</sup> *Goetz et al c. République du Burundi*, Affaire CIRDI n° ARB/95/3, Sentence, 10 février 1999, § 93.

<sup>73</sup> V. sur ce sujet Chr. SCHREUER, « Consent to Arbitration », in P. MUCHLINSKI, F. ORTINO, Chr. SCHREUER (eds), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, OUP, 2008, p. 846.

au regard de sa qualification : l'Etat a consenti à tout, non seulement à la clause de règlement des différends mais aussi aux autres dispositions du traité (dont certaines peuvent contenir des règles liées au règlement des différends), à la Convention de Washington en cas d'arbitrage CIRDI, et aux règlements d'arbitrage applicables. Ainsi, les règles procédurales contenues dans le Règlement d'introduction des instances du CIRDI, auxquelles l'Etat a accepté de se soumettre en acceptant le recours à l'arbitrage CIRDI, relèvent tout autant de l'accord souverain de l'Etat que la clause de règlement des différends figurant dans le traité. On ne songerait pourtant pas à soutenir que les règles procédurales contenues dans le règlement d'arbitrage choisi constituent des conditions du consentement de l'Etat à l'arbitrage.

Le fait que les conditions en cause soient insérées dans la clause de règlement des différends ne semble pas plus déterminant pour leur qualification. Imaginons par exemple une clause de règlement des différends excluant expressément les demandes *res judicata* : une telle exigence ne conditionne pas le consentement de l'Etat à l'arbitrage ; elle concerne la possibilité pour la demande de prospérer lorsque le même différend aura été soumis à un arbitrage ou à une juridiction nationale au préalable (pourvu que la démonstration soit faite qu'il s'agit en effet bien du même différend déjà tranché par un tribunal différent). C'est là une condition de recevabilité de la demande<sup>74</sup>.

Enfin, et de manière plus fondamentale, les conditions préalables à la saisine du tribunal arbitral sont d'une nature différente des conditions selon lesquelles l'Etat consent à se soumettre à l'arbitrage. Celles-ci concernent les types de différends qui peuvent être soumis à l'arbitrage ; il s'agit de la compétence *ratione materiae*. Elles concernent aussi les catégories de personnes qui bénéficient de la protection du traité et peuvent introduire un arbitrage à l'encontre de l'Etat ; il s'agit de la compétence *ratione personae*. Elles concernent enfin l'étendue temporelle de la protection offerte par le traité, pour que l'Etat ne puisse pas être engagé, sauf volonté expresse contraire des Etats parties, lorsque les obligations souscrites dans le traité n'ont pas encore pris naissance ou ne sont plus en vigueur ; il s'agit de la compétence *ratione temporis*.

A l'inverse, une condition de négociation préalable ou une condition de saisine des juridictions nationales avant la mise en œuvre de l'arbitrage ne touchent pas à l'*existence* et l'*étendue* du consentement de l'Etat de se soumettre à l'arbitrage, c'est-à-dire aux conditions fondamentales du *champ d'application du traité* qui, si elles font défaut, ne peuvent en aucun cas fonder une compétence

<sup>74</sup> En comparaison, dans *l'affaire du Cameroun septentrional*, la question de l'existence d'un différend a été considérée à juste titre comme une exception d'irrecevabilité quand bien même la clause juridictionnelle invoquée, à savoir l'article 19 du traité sur lequel reposait le différend, exigeait elle-même l'existence d'un différend. Dans son opinion individuelle, Fitzmaurice a indiqué que « quel que soit le libellé de la clause juridictionnelle, la condition d'après laquelle il doit y avoir un différend réel [...] est une condition générale qui s'impose nécessairement à tout tribunal et limite sa faculté d'action » : v. *Affaire du Cameroun septentrional, Cameroun c. Royaume-Uni*, Arrêt du 2 décembre 1963, Opinion individuelle de G. Fitzmaurice, *CIJ Recueil 1963*, p. 97, spéc. p. 105.

juridictionnelle ; elles concernent plutôt les *modalités* de mise en œuvre d'un consentement posé et défini par ailleurs dans son champ d'application, et c'est en ce sens qu'elles constituent une condition de recevabilité de la demande. La preuve en est que l'absence d'une négociation effective, voire l'absence de toute réaction de la part de l'Etat défendeur dans la période de négociations préalables, n'emportent aucune conséquence sur l'existence et l'étendue du consentement de l'Etat de se soumettre à l'arbitrage, et sur les conditions de compétence du tribunal saisi, une fois que l'arbitrage est introduit. Comme l'a relevé le tribunal dans l'affaire *Abaclat c. Argentine*, le consentement de l'Etat à l'arbitrage CIRDI résulte de sa ratification de la Convention de Washington et de son acceptation de l'arbitrage dans le traité bilatéral. La distinction entre conditions du consentement, qui relèvent de la compétence, et conditions de mise en œuvre du consentement, qui relèvent de la recevabilité, fait en quelque sorte écho à la différence entre les conditions de formation du contrat et les conditions de mise en œuvre de ce contrat. Toutes relèvent de l'accord des parties mais seules les premières constituent des conditions de formation du contrat. C'est ce que semblent avoir exprimé les tribunaux dans les affaires *Abaclat c. Argentine* et *Hochtief c. Argentine* en distinguant, pour le premier, entre les « conditions de mise en œuvre du consentement de l'Argentine à la compétence du CIRDI et à l'arbitrage » et la « question fondamentale de savoir si l'Argentine avait consenti à la compétence du CIRDI et à l'arbitrage », et pour le second entre les « droits et la manière dont ces droits doivent être exercés »<sup>75</sup>.

---

<sup>75</sup> *Abaclat et autres c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/07/15, Décision sur la compétence et la recevabilité, 4 août 2011, § 496 ; *Hochtief AG c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/07/31, Décision sur la compétence, 24 octobre 2011, § 91. C'est aussi ce qu'a exprimé la Cour suprême des Etats-Unis dans son jugement récent rendu dans l'affaire *BG Group c. République d'Argentine*. Se référant à l'opinion dissidente de deux de ses juges, la Cour suprême a distingué entre les conditions préalables à l'arbitrage présentes dans un contrat d'arbitrage déjà formé et les conditions substantielles du consentement de l'Etat à l'arbitrage : v. *BG Group c. République d'Argentine*, Cour suprême des Etats-Unis, 5 mars 2014, No. 12-138, disponible sur <[www.italaw.com](http://www.italaw.com)> (dernier accès le 13 mars 2014), p. 15 (« *In [the view of the dissenting opinion], the provision sets forth not a condition precedent to arbitration in an already-binding arbitration contract (normally a matter for arbitrators to interpret), but a substantive condition on Argentina's consent to arbitration and thus on the contract's formation in the first place (normally something for courts to interpret)* »). La Cour suprême a ajouté que le seul fait pour un traité d'indiquer qu'une condition relevait du « consentement » de l'Etat ne suffisait pas à faire de cette condition une condition du consentement de l'Etat à l'arbitrage, donc une condition de compétence : *ibid.*, p. 11 (« *[W]e have been unable to find any other authority or precedent suggesting that the use of the 'consent' label in a treaty should make a critical difference in discerning the parties' intent about whether courts or arbitrators should interpret and apply the relevant provision. We are willing to assume with the Solicitor General that the appearance of this label in a treaty can show that the parties, or one of them, thought the designated matter quite important. But that is unlikely to be conclusive. For parties often submit important matters to arbitration. And the word 'consent' could be attached to a highly procedural precondition to arbitration, such as a waiting period of several months, which the parties are unlikely to have intended that courts apply without saying so* »).



## B. La question des procédures parallèles

La distinction entre compétence et recevabilité est également au cœur des difficultés liées aux procédures parallèles et à l'articulation, difficile, entre les demandes fondées sur un traité et les demandes fondées sur un contrat.

Il est en effet fréquent dans l'arbitrage en matière d'investissements que l'investisseur fonde ses demandes non pas seulement sur un traité de promotion et de protection des investissements, mais également sur un ou plusieurs contrats qui contiennent bien souvent des clauses attributives de compétence en faveur des juridictions nationales ou d'un arbitrage interne ou international. Dans certains cas, ces dernières clauses peuvent avoir déjà donné lieu à des procédures parallèles devant un tribunal arbitral ou devant des juridictions nationales, à l'initiative de l'investisseur lui-même ou de parties liées comme des actionnaires ou une société filiale. Dans ces situations, la présence d'une clause d'élection de for dans le contrat fait-elle obstacle à la compétence du tribunal arbitral pour connaître des demandes de l'investisseur qui trouvent leur fondement dans des violations alléguées du contrat ? La mise en œuvre d'une clause compromissoire contenue dans un contrat fait-elle obstacle à la recevabilité de la demande devant le tribunal arbitral constitué sur le fondement d'un traité d'investissements lorsqu'elles sont duplicatives ? Et dans cette hypothèse, quelle doit être la sanction ?

La jurisprudence arbitrale a apporté des réponses extrêmement divergentes sur ces questions, que ce soit en termes de qualification des exceptions ou en termes de sanction. Les sentences rendues dans les affaires *SGS c. Pakistan*, *SGS c. Philippines*, *BIVAC c. Paraguay* et *SGS c. Paraguay* en fournissent quelques exemples. Toutes sont fondées sur des faits et des instruments similaires : un investisseur conclut un contrat avec un Etat, que l'Etat ne respecte pas ; l'investisseur engage alors une procédure arbitrale à l'encontre de l'Etat sur le fondement d'un traité bilatéral de promotion et de protection des investissements, en invoquant notamment la violation de la clause de respect des engagements contenue dans le traité aux termes de laquelle l'Etat s'est engagé à respecter les obligations souscrites par lui envers les investisseurs étrangers. En réponse, l'Etat soulève l'incompétence du tribunal arbitral au motif que le contrat qui sert de fondement aux demandes de l'investisseur contient une clause attributive de juridiction attribuant compétence à ses juridictions nationales ou à un tribunal arbitral constitué en vertu du contrat, et par conséquent que le tribunal constitué sur le fondement du traité ne saurait en connaître.

Ici encore, les questions soulevées sont spécifiques au droit des investissements mais les concepts posés par la CIJ dans le contexte interétatique permettent de mieux comprendre et d'apprécier les réponses qu'y ont apportées les tribunaux.

Il convient d'abord de déterminer si le tribunal arbitral saisi sur le fondement d'un traité de protection des investissements a compétence pour connaître des demandes qui trouvent leur fondement dans la violation d'un contrat. La réponse à cette question a été rendue difficile, en pratique, par la jurisprudence relative à l'effet des clauses de respect des engagements et au débat, autant doctrinal que

jurisprudentiel, sur la possibilité pour les tribunaux arbitraux de connaître des violations de contrats. Les tribunaux arbitraux dans les affaires *SGS c. Philippines* et *SGS c. Paraguay* ont relevé que les clauses de règlement des différends contenues dans les traités en cause étaient rédigées de manière large et couvraient tous les « litiges relatifs aux investissements », ce qui incluait la question de savoir si la clause de respect des engagements contractuels figurant dans le traité avait été violé<sup>76</sup>. Comme l'a indiqué le tribunal arbitral dans l'affaire *SGS c. Philippines*, le consentement de l'Etat à l'arbitrage résulte du traité bilatéral et de la Convention de Washington, et il est difficile d'imaginer que le consentement de l'Etat résultant d'un traité international puisse être modifié ou altéré par une partie privée. Dans l'affaire *SGS c. Pakistan* au contraire, le tribunal s'est déclaré incompétent pour connaître des demandes de l'investisseur fondées sur une violation du contrat sans que ces demandes soient en même temps fondées sur une violation du traité, au motif que la clause de respect des engagements contenue dans le traité ne pouvait aboutir à « élever » automatiquement les violations du contrat en violations du traité<sup>77</sup>. La difficulté soulevée par cette décision est que le tribunal arbitral a dû se prononcer en termes de compétence au regard de l'objection à la compétence soulevée par le Pakistan (il en allait de même de toutes les affaires ayant eu trait, par la suite, à l'effet d'une clause de respect des engagements). En réalité, la question ne se posait pas en termes de compétence mais de fond : l'Etat ayant consenti à soumettre à l'arbitrage l'ensemble des différends relatifs aux investissements, la demande de l'investisseur fondée sur la violation de la clause de respect des engagements du traité était couverte par ce consentement. La question de savoir si la clause de respect des engagements avait été effectivement violée et si cette violation résultait des violations du contrat était une question de fond et non une question de compétence, car le consentement de l'Etat à l'arbitrage n'était dans ce cas pas en jeu. C'est du reste ce qu'ont admis, par la suite, les tribunaux dans les affaires *Pan Am c. Argentine*, *CMS c. Argentine* ou *Noble Ventures c. Roumanie*<sup>78</sup>.

<sup>76</sup> *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Philippines*, Affaire CIRDI n° ARB/02/6, Décision sur les objections à la compétence, 29 janvier 2004, §§ 130-135 ; *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Paraguay*, Affaire CIRDI n° ARB/07/29, Décision sur la compétence, 12 février 2010, § 129 ; *Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. Royaume du Maroc*, Affaire CIRDI n° ARB/00/4, Décision sur la compétence, 16 juillet 2001, § 59 ; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal S.A. c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/97/3, Décision d'annulation, 3 juillet 2002, § 55 ; *Siemens A.G. c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/02/8, Sentence, 17 janvier 2007, § 205.

<sup>77</sup> *SGS Société Générale de Surveillance SA c. Pakistan*, Affaire CIRDI n° ARB/01/13, Décision sur les objections à la compétence, 6 août 2003, § 167.

<sup>78</sup> *Pan American Energy LLC et BP Argentina Exploration Company c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/03/13 and *BP America Production Company et autres c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/04/8, Décision sur la compétence, 27 juillet 2006, § 116 (« *The distribution of the numerous claims of the Claimant between the two categories – purely contract claims which are outside the jurisdiction of the Tribunal, and contract claims that amount to treaty claims that which are inside its jurisdiction – will naturally be decided when dealing with the merits, but it was necessary for the Tribunal to ascertain the theoretical scope of its competence at the jurisdictional phase* ») ; *Noble Ventures, Inc. c. Roumanie*, Affaire CIRDI n° ARB/01/11, Sentence,

La question est dès lors de savoir si un tribunal arbitral, même compétent *ratione materiae* à l'égard du contrat, peut connaître des violations alléguées de ce contrat lorsqu'une autre juridiction est normalement compétente aux termes du contrat. La question, là encore, a reçu une réponse dans les affaires relatives aux clauses de respect des engagements. Les tribunaux dans les affaires *SGS c. Philippines* et *BIVAC c. Paraguay* ont ainsi considéré que la présence d'une clause d'élection de for dans le contrat servant de fondement aux demandes avait pour effet d'empêcher le tribunal d'exercer sa compétence à l'égard du litige contractuel entre les parties, résolvant la problématique en termes de recevabilité<sup>79</sup> ; à l'inverse, dans l'affaire *SGS c. Paraguay*, le tribunal a considéré que la présence d'une clause d'élection de for ne faisait pas obstacle à la recevabilité des demandes, dans la mesure où déclarer les demandes irrecevables faisait courir au tribunal le risque de ne pas remplir son mandat aux termes du traité et de la Convention de Washington<sup>80</sup>. Au-delà de cette divergence et du fait que le régime de la clause de respect des engagements devrait en réalité relever du fond et non des exceptions préliminaires, la question est encore plus pertinente lorsque le juge du contrat a déjà été saisi et que c'est le même différend qui est porté devant le juge du traité par la même partie ou par des parties liées : dans ce cas, quel sort doit être fait par le tribunal constitué sur le fondement d'un traité à une exception relevant de la saisine préalable du juge du contrat ? Adopter la solution retenue dans *SGS c. Paraguay* ne permettrait pas de résoudre la difficulté de manière satisfaisante, car considérer

---

12 octobre 2005, § 62 (« *By reason therefore of the inclusion of Art. II(2)(c) in the BIT, the Tribunal therefore considers the Claimant's claims of breach of contract on the basis that any such breach constitutes a breach of the BIT* ») ; *CMS Gas Transmission Company c. République d'Argentine*, Sentences, Affaire CIRDI n° ARB/01/8, 12 mai 2005, § 303 (« *The Tribunal must therefore conclude that the obligation under the umbrella clause of Article II(2)(c) of the Treaty has not been observed by the Respondent to the extent that legal and contractual obligations pertinent to the investment have been breached and have resulted in the violation of the standards of protection under the Treaty* »). V. également E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, Vol. 2, Pedone, 2010, pp. 115-116 (« Le tribunal aborde ensuite la question de la portée du consentement donné par l'Etat. Il estime que ce consentement existe et écarte la restriction que la défenderesse entendait trouver dans la formule selon laquelle l'investissement doit avoir été fait 'conformément aux lois et règlements en vigueur' pour être couvert. En revanche, il décide que ce consentement existe pour les violations alléguées du traité mais non pour des violations contractuelles qui ne seraient pas en même temps des violations du traité. Il en irait autrement si le traité contenait une clause de respect des engagements, dite 'umbrella clause', ce qui n'est pas le cas, la clause de règlement des différends entre investisseur et l'Etat d'accueil figurant au traité ne pouvant suffire, comme le soutenait la demanderesse, à justifier un tel résultat bien qu'elle soit rédigée en termes très généraux et qu'elle ne se limite pas aux différends 'relatifs à la violation du présent traité' ») ; G. ZEILER, « Jurisdiction, Competence and Admissibility of Claims in ICSID Arbitration Proceedings », in Chr. BINDER, U. KRIEBAUM, A. REINISCH, St. WITTICH, *International Investment Law for the 21<sup>st</sup> Century*, Oxford, OUP, 2009, p. 84 (considérant que la question de savoir si la violation d'un contrat constitue également une violation du traité est une question de fond).

<sup>79</sup> *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Philippines*, Affaire CIRDI n° ARB/02/6, Décision sur les objections à la compétence, 29 janvier 2004, § 154 (« *This impediment, based as it is on the principle that a party to a contract cannot claim on that contract without itself complying with it, is more naturally considered as a matter of admissibility than jurisdiction* ») ; *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. c. République du Paraguay*, Affaire CIRDI n° ARB/07/9, Décision sur les objections à la compétence, 29 mai 2009, § 154.

<sup>80</sup> *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Paraguay*, Affaire CIRDI n° ARB/07/29, Décision sur la compétence, 12 février 2010, §§ 172-176.

qu'une exception d'irrecevabilité devrait être écartée au motif qu'elle empêche le tribunal d'exercer son mandat revient à nier tout effet utile à la notion de recevabilité ; c'est précisément l'objet d'une exception d'irrecevabilité que de permettre à un tribunal normalement compétent de ne pas exercer sa compétence lorsque la demande est défectueuse.

Dans le conflit de compétences qui résulte de cette situation, la question est alors de savoir si les notions de compétence et recevabilité peuvent apporter une solution satisfaisante. Une qualification en termes de recevabilité, par exemple, permettrait de considérer que le tribunal constitué en vertu du traité est normalement compétent pour connaître des questions contractuelles mais que, pour respecter la compétence parallèle du tribunal saisi en vertu du contrat, il conviendrait que ce dernier décide des questions purement contractuelles, quitte pour le tribunal constitué sur le fondement d'un traité à surseoir à statuer et reprendre l'instance lorsque les questions contractuelles auront été décidées. Le sursis à statuer apparaît, dans ces circonstances, comme le plus conforme à l'objectif d'une bonne administration de la justice et au respect de la compétence propre de chaque tribunal.

### C. La question des actions de groupe

La question des actions de groupe fournit un dernier exemple, dans le développement récent du droit des investissements, pour lequel la distinction entre les notions de compétence et recevabilité trouve une pertinence particulière. Dans l'affaire *Abaclat c. Argentine*, plusieurs centaines de milliers de porteurs d'obligations avaient formé une demande d'arbitrage à l'encontre de l'Argentine sur le fondement du traité bilatéral de promotion et de protection des investissements conclu entre l'Argentine et l'Italie. L'Argentine avait soulevé une objection à la compétence du tribunal arbitral au motif que la structure de l'arbitrage CIRDI ne permettait pas au tribunal de connaître d'un nombre aussi important de demandes sans ajustements, que ces ajustements ne pouvaient être entrepris par le tribunal lui-même et qu'ils étaient si importants qu'ils justifiaient d'être couverts par un consentement spécifique de l'Etat<sup>81</sup>.

Comme il l'avait fait au sujet des conditions procédurales préalables à l'arbitrage, le tribunal a considéré que le consentement de l'Etat à l'arbitrage résultait de l'adhésion de l'Etat à la Convention de Washington et de son acceptation de l'arbitrage CIRDI en vertu de l'article 8 du traité pour une catégorie de différends donnés, à savoir les différends « en relation avec les matières régies par [le traité] » et « relatifs aux investissements » tels que définis par le traité. Le tribunal a considéré que ces conditions étaient bien remplies et qu'il était par conséquent compétent. De manière pratique, si le nombre de demandeurs était susceptible de

---

<sup>81</sup> *Abaclat et autres c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/07/5, Décision sur la compétence et la recevabilité, 4 août 2011, § 481. Le tribunal s'exprime en ces termes : « Respondent contends that its consent does not extend to disputes taking the form of mass proceedings, mainly because the mass aspect of the proceedings is not possible within the normal ICSID framework and implies adaptations to such framework, which cannot be done by the Tribunal itself and are of such importance that they must be specifically covered by Respondent's consent ».

faire obstacle à leurs demandes, c'était uniquement du fait de l'éventuelle inadaptation de la structure du CIRDI pour en traiter : le tribunal a considéré qu'il s'agissait d'une question étrangère à la question de l'existence du consentement de l'Etat, et donc d'une question de recevabilité de la demande<sup>82</sup>. Dans son opinion dissidente, à l'inverse, l'arbitre dissident a considéré que le simple « consentement à l'arbitrage » de l'Etat ne couvrait pas les procédures fondamentalement différentes et atypiques que constituent les actions de groupe, qu'un « consentement secondaire » de l'Etat était par conséquent nécessaire pour que ces procédures soient couvertes et que le tribunal aurait par conséquent dû se déclarer incompétent<sup>83</sup>.

La solution retenue par le tribunal dans cette affaire nous paraît devoir être approuvée. La compétence du tribunal arbitral, qui résulte exclusivement du consentement de l'Etat à l'arbitrage, doit être appréciée au regard des termes du traité et des éventuels autres instruments applicables à l'espèce, mais il ne semble ni nécessaire ni approprié de rechercher un consentement « spécifique » ou « secondaire » au-delà de ces instruments. En l'espèce, l'Etat avait défini son consentement à l'arbitrage de manière large et il n'y avait pas de raison de considérer que l'Etat n'avait pas voulu écrire ce qu'il a écrit. C'est ainsi que le tribunal a pu estimer que le nombre important de demandeurs présents dans cette affaire ne remettait pas en cause le consentement de l'Etat à l'arbitrage. Restait à savoir si la présence d'un nombre important de demandeurs faisait obstacle à ce que le tribunal connaisse de la demande pour une raison autre que son absence de consentement, en l'occurrence l'inadaptation des règles de procédure actuelles du CIRDI pour connaître d'un nombre aussi important de demandes. La question était alors la suivante : est-il possible de conduire un arbitrage CIRDI mettant en jeu des milliers de demandeurs, sachant qu'un tel arbitrage nécessiterait d'ajuster ou de modifier les règles de procédures en vigueur applicables en matière d'arbitrage CIRDI ? Cette question était totalement étrangère à la question du consentement de l'Argentine à l'arbitrage. Il s'agissait typiquement d'une question de modalité, et donc de recevabilité de la demande, comme l'a, à juste titre, qualifié le tribunal arbitral.

<sup>82</sup> *Ibid.*, §§ 491-492: « Thus, with regard to the mass aspect of the present proceedings, the Tribunal considers that the relevant question is not—has Argentina consented to the mass proceedings?, but rather—can an ICSID arbitration be conducted in the form of mass proceedings considering that this would require an adaptation and/or modification by the Tribunal of certain procedural rules provided for under the current ICSID framework? If the answer is in the affirmative, then Argentina's consent to ICSID arbitration includes such mass aspect. If the answer is in the negative, then ICSID arbitration is not possible, not because Argentina did not consent thereto but because mass claims as the ones at stake are not possible under the current ICSID framework. Consequently, the Tribunal is of the opinion that the mass aspect of the present proceedings relates to the modalities and implementation of the ICSID proceedings and not to the question whether Respondent consented to ICSID arbitration. Therefore, it relates to the question of admissibility and not to the question of jurisdiction. It will thus be addressed below when dealing with admissibility issues ». Confronté à la présence d'une centaine de demandeurs à l'arbitrage, le tribunal constitué dans l'affaire *Ambiente c. Argentine* a suivi un raisonnement similaire pour retenir sa compétence. *V. Ambiente Ufficio S.P.A. et autres c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/08/9, Décision sur la compétence et la recevabilité, 8 février 2013, §§ 68-172.

<sup>83</sup> *Abaclat et autres c. République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/07/5, Décision sur la compétence et la recevabilité, Opinion dissidente de G. Abi-Saab, 28 octobre 2011, § 177.

## CONCLUSION

La distinction entre les notions de compétence et de recevabilité héritée du droit international public est non seulement utile, voire primordiale, dans le contexte de l'arbitrage en matière d'investissements, mais elle prend une dimension toute nouvelle dans cette matière. Les conséquences qui s'attachent à la distinction ne sont pas les mêmes : essentiellement théoriques dans le premier cas, elles sont fondamentales et parfois décisives dans le second, que ce soit en matière d'exercice des voies de recours ou de déroulement de la procédure arbitrale. La distinction se heurte par ailleurs aux spécificités de l'arbitrage en matière d'investissements, qui met en présence une multiplicité d'acteurs et d'instruments juridiques évoluant dans des ordres juridiques distincts. Ces spécificités rendent l'application de la distinction à la matière d'autant plus délicate. La frontière entre l'existence et l'étendue du consentement de l'Etat à l'arbitrage (qui fonde la compétence du tribunal arbitral) et les modalités de mise en œuvre de ce consentement (dont dépend la recevabilité de la demande) est dans certaines espèces sujette à interprétation, comme le montrent les trois exemples de complexités récentes du droit des investissements évoqués dans cette étude.

On voit ainsi à quel point le droit des investissements est une matière vivante, qui trouve inspiration dans le droit international public tout en le renouvelant, comme il l'a fait par exemple en matière de droit des traités avec le développement de concepts tels que l'« *umbrella clause* »<sup>84</sup>, l'application de la clause de la nation la plus favorisée<sup>85</sup> ou l'application provisoire des traités<sup>86</sup>. Il en va indubitablement de même de la distinction entre compétence et recevabilité.

<sup>84</sup> Sur les clauses de respect des engagements (« *umbrella clause* ») dans l'arbitrage en matière d'investissements, v. notamment E. GAILLARD, « Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claims – the SGS Cases Considered » in T. WEILER (ed), *International Investment Law and Arbitration : Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Cameron May, 2005, pp. 325-346 ; E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, vol. 1, Pedone, 2004, pp. 832-835, 903-905 ; K. YANNACA-SMALL, « Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements », OECD Working Papers on International Investment, 2006/3 ; P. MAYER, « Contract claims et clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements », Lalive Lecture, 22 mai 2008, *JDI*, 2009, pp. 71-96 ; E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, vol. 2, Pedone, 2010, pp. 205-215, 274-284 ; A. SINCLAIR, « The Umbrella Clause Debate » in A.K. BJORKLUND, S. RIPINSKY, *Investment Treaty Law, Current Issues*, Vol. III, *BIICL*, 2009, 275-312 ; S. ALEXANDROV, « Breach of Treaty Claims and Breach of Contract Claims: Is It Still Unknown Territory? » in K. YANNACA-SMALL (ed.), *Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, Oxford, OUP, 2010.

<sup>85</sup> V. notamment Y. BANIFATEMI, « The Emerging Jurisprudence on the Most-Favoured-Nation Treatment in Investment Arbitration » in A. BJORKLUND, I. LAIRD, S. RIPINSKY (eds.), *Investment Treaty Law : Current Issues III*, BIICL, 2009, p. 241 et les références citées *supra*, note 68.

<sup>86</sup> V. notamment les sentences *Yukos Universal Limited, Hulley Enterprises Limited, et Veteran Petroleum Limited c. Fédération de Russie*, CNUDCI, Affaires CPA n° AA 226, AA 227, AA 228, Sentences partielles sur la compétence et la recevabilité, 30 novembre 2009, §§ 244-398.

## BIBLIOGRAPHIE SELECTIVE

- AMERASINGHE (C.), *International Arbitral Jurisdiction*, Martinus Nijhoff, 2011, spéc. pp. 69-117.
- BANIFATEMI (Y.), « The Emerging Jurisprudence on the Most-Favoured-Nation Treatment in Investment Arbitration » in A. Bjorklund, I. Laird, S. Ripinsky (eds.), *Investment Treaty Law: Current Issues III*, BIICL, 2009, pp. 241-273.
- BROWNLIE (I.), *Principles of Public International Law*, Oxford, OUP, 2012, spéc. chap. 31, pp. 693-717.
- DOUGLAS (Z.), *The International Law of Investment Claims*, Cambridge, CUP, 2009, spéc. chap. 3-4, pp. 134-160 et chap. 6-13, pp. 233-472.
- FITZMAURICE (G.), « The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-1954: Questions of Jurisdiction, Competence and Procedure », *British Yearbook of International Law*, 1958, 34, 1-161.
- GAILLARD (E.), *La jurisprudence du CIRDI*, Volume 1, Pedone, 2004, spéc. pp. 34-35, 798, 884-890, Volume 2, Pedone, 2010, spéc. pp. 109, 220.
- « Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claims – the SGS Cases Considered » in T. Weiler (ed), *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Cameron May, 2005, pp. 325-346.
- GAILLARD (E.) et BANIFATEMI (Y.), « Establishing Jurisdiction Through a Most-Favored-Nation Clause », *New York Law Journal*, 2 juin 2005.
- GRANGE (M.), *Compétence du juge et recevabilité de la requête : leurs relations dans l'exercice du pouvoir juridictionnel – l'exemple de la Cour internationale de Justice*, Thèse Paris II, 7 décembre 2011.
- HEISKANEN (V.), « Ménage à trois ? Jurisdiction, Admissibility and Competence in Investment Treaty Arbitration », *ICSID Review*, 2013, pp. 1-16.
- LAIRD (I.), « A Distinction Without a Difference? An Examination of the Concepts of Admissibility and Jurisdiction in *Salini v. Jordan* and *Methanex v. USA* » in T. Weiler (ed), *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Cameron May, 2005, pp. 201-222.
- PAULSSON (J.), « Jurisdiction and Admissibility », in G. Aksen, K.-H. Böckstiegel, M.J. Mustill, P. Michele Patocchi et A.-M. Whitesell (eds), *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution. Liber Amicorum in Honour of Robert Briner*, ICC Publishing, 2005, pp. 601-617.
- ROSENNE (S.), *The Law and Practice of the International Court 1920-2005*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, spéc. chap. 9, pp. 505-585 et chap. 13, pp. 803-901.
- SANTULLI (C.), *Droit du contentieux international*, Montchrestien, 2005, spéc. titres II et III, pp. 135-287.
- SCHLAEPFER (A.-V.), « Jurisdiction and Admissibility: a Subtle Distinction, Not Always Easy to Make in International Arbitration », *Cah. arb.*, avril 2013, n° 2, pp. 327-336.
- SCHREUER (Chr.), *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge, CUP, 2009, spéc. pp. 71-347.
- WILLIAMS (D.) QC, Chapter 22: « Jurisdiction and Admissibility », in P. Muchlinski, F. Ortino et Chr. Schreuer (eds), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, OUP, 2008, pp. 868-961.

PARTIE II – CHAPITRE 21

ZEILER (G.), « Jurisdiction, Competence and Admissibility of Claims in ICSID Arbitration Proceedings », in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich (eds), *International Investment Law for the 21<sup>st</sup> Century*, Oxford, OUP, 2009, pp. 76-91.