

LE CONSENTEMENT AUX DEMANDES RECONVENTIONNELLES DANS LE CADRE DU CIRDI À LA LUMIÈRE DE LA SENTENCE *SPYRIDON ROUSSALIS CONTRE ROUMANIE*

Julien Burda*

Résumé / Abstract	27
I. Rappel des faits	32
II. Le consentement à la demande reconventionnelle dans le cadre du CIRDI	34
1. L'exigence du consentement des parties aux demandes reconventionnelles dans le cadre du CIRDI	36
2. L'étendue du consentement dans l'arbitrage CIRDI fondé sur un traité d'investissement	39
a) L'étendue du consentement à la lumière du traité d'investissement	39
b) L'étendue du consentement à la lumière de la requête d'arbitrage	42
III. Le consentement aux demandes reconventionnelles sur le fondement de l'article 46 de la convention CIRDI.	45
Conclusion	49

* Avocat au Barreau de Paris – Collaborateur Lenz&Staehelein, Genève. Docteur en droit international (Paris II, Paris), Docteur en Relations Internationales (IUHEI, Genève). <julien.burda@lenzstaehelein.com>.

© 2013 Revue d'arbitrage et de médiation, Volume 3, Numéro 1.

Le consentement aux demandes reconventionnelles dans le cadre du CIRDI à la lumière de la sentence *Spyridon Roussalis contre Roumanie*

Julien Burda

RÉSUMÉ

La décision rendue dans l'affaire *Spyridon Roussalis contre Roumanie* apporte un éclairage nouveau sur les demandes reconventionnelles dans le cadre du CIRDI. De telles demandes sont admises dans le cadre du CIRDI si elles « sont couvertes par le consentement des parties », si bien que ce consentement doit être suffisamment large pour les inclure. Après avoir recherché dans les termes du traité si la demande reconventionnelle introduite par l'Etat défendeur était couverte par le consentement des parties à l'instance, un tribunal CIRDI s'est pour la première fois déclaré incompétent pour en connaître. L'intérêt de la décision *Spyridon Roussalis contre Roumanie* repose toutefois dans l'opinion dissidente du P^r Reisman pour qui le consentement exigé par l'article 46 est *ipso facto* importé dans toute procédure CIRDI initiée par un investisseur.

ABSTRACT

The *Spyridon Roussalis vs Romania* dispute sheds light on the issue of consent over counterclaims introduced in the context of ICSID arbitration. An ICSID tribunal shall determine any counterclaims provided that they are "within the consent of the Parties". In this dispute, the tribunal assessed whether the terms of the BIT were broad enough to embrace counterclaims brought by the defending Party. An ICSID tribunal ruled for the first time that it had no jurisdiction over the counterclaims

brought by the defending State as these counterclaims were not covered by the consent of the Parties. However, in an important dissenting opinion, Pr. Reisman argued that the consent component of Article 46 of the Washington Convention is *ipso facto* imported into any ICSID arbitration which an investor then elects to pursue.

La décision rendue dans l'affaire *Spyridon Roussalis contre Roumanie*¹ illustre une nouvelle fois les difficultés rencontrées par les États pour soumettre des demandes reconventionnelles dans le cadre d'arbitrages d'investissement organisés sous les auspices du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (« CIRDI »). De telles demandes seraient, depuis une trentaine d'années, l'histoire d'un échec répété², en raison notamment des caractéristiques de ce type d'arbitrage dans lequel l'État serait appelé à être un « perpétuel » défendeur à l'instance³.

Le CIRDI avait pourtant été conçu, dès son origine, comme une institution susceptible d'organiser les arbitrages initiés à la fois par des investisseurs contre des États, mais également par des États contre des investisseurs. Les Administrateurs de la Banque mondiale, dans leur rapport sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, l'avaient clairement explicité⁴. Cette volonté de maintenir l'équilibre entre les intérêts des investisseurs et des États hôtes s'était également manifestée

1. *Spyridon Roussalis v. Roumanie*, Affaire CIRDI No. ARB/06/01, sentence du 7 décembre 2011 ; disponible sur le site du CIRDI, à l'adresse : <<https://icsid.worldbank.org>>. Sur cette affaire, voir notamment J.E. Kalicki et M.B. Silberman, « *Spyridon Roussalis v. Romania* » (2012) 27(1) *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 9-15.
2. Pour reprendre l'expression d'Ana Vohryzek-Griest, « State Counterclaims in Investor-State Disputes: A History of 30 Years of Failure » (2009) 15 *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional* 83-124.
3. Sur ce point, voir M. Toral et Th. Schultz, « The State, a Perpetual Respondent in Investment Arbitration ? Some Unorthodox Considerations » dans M. Waibel, A. Kaushal, K.-H. Chung et C. Blachin (éd.), *The Backlash against Investment Arbitration. Perceptions and Reality*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2010 à la p. 577.
4. Voir le *Rapport des Administrateurs sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, 18 mars 1965, ¶ 13 : « les dispositions de la Convention sont conçues en vue de maintenir l'équilibre entre les intérêts des investisseurs et ceux des États hôtes. En outre, la Convention permettant tant aux États hôtes qu'aux investisseurs d'entamer la procédure et les Administrateurs ont eu pour constante préoccupation de prévoir des dispositions qui répondent aux besoins des deux situations ». Document disponible à l'adresse : <http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-fra/CRR_French-final.pdf> (page consultée le 27 mars 2012).

dans la possibilité pour la partie défenderesse d'introduire des demandes reconventionnelles.

Néanmoins, et en dépit de cette volonté, un déséquilibre manifeste s'est installé entre les investisseurs et les États hôtes, ces derniers n'ayant été que très rarement demandeurs à l'instance ou demandeurs reconventionnels⁵. Il est vrai que plusieurs obstacles se dressent sur la route de l'État hôte qui souhaite introduire une demande reconventionnelle⁶. Une telle demande doit en effet présenter un certain lien de connexité avec la demande principale, viser la même entité que celle qui est demanderesse à l'instance⁷, et concerner des manquements de la part de l'investisseur à ses obligations dont la nature et l'étendue doivent être déterminées. Cela explique sans doute l'échec des demandes reconventionnelles introduites par les États hôtes dans différentes affaires soumises au Centre dans les années 1970-1980 – la compétence du tribunal arbitral se fondait alors sur une clause d'arbitrage insérée dans un contrat⁸. Il est vrai que ces deux dernières décennies ont vu de telles

5. À notre connaissance, seules quatre affaires ont été introduites par des États dans le cadre du CIRDI. Il s'agit des affaires *Gabon v. Société Serete S.A.*, Affaire CIRDI No. ARB/76/1 ; *Tanzania Electric Supply Company Limited v. Independent Power Tanzania Limited*, Affaire CIRDI No. ARB/98/8 ; *Government of the Province of East Kalimantan v. PT Kaltim Prima Coal and others*, Affaire CIRDI No. ARB/07/3 ; *Nicaragua v. Grupo Barceló Montelimar*. Cette dernière affaire, pour laquelle il n'existe quasiment aucune information, n'est pas officiellement listée sur le site internet du CIRDI, mais est mentionnée par Mehmet Toral et Thomas Schultz dans leur article intitulé « The State, a Perpetual Respondent in Investment Arbitration ? Some Unorthodox Considerations » (dans M. Waibel, A. Kaushal, K.-H. Chung et C. Blachin (éd.), *The Backlash against Investment Arbitration. Perceptions and Reality*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2010 aux pp. 589-590).
6. Le présent article entend se focaliser sur la question du consentement à la demande reconventionnelle ; les autres obstacles ne seront pas traités. Pour leur présentation, voir notamment P. Lalive et L. Halonen, « On the Availability of Counterclaims in Investment Treaty Arbitration » dans *Rights of the Host States within the System of International Investment Protection*, Czech Yearbook of International Law, 2011 aux pp. 141-156.
7. Sur ce point, voir la sentence récemment rendue dans l'affaire *Paushok and others v. Government of Mongolia*, Arbitrage UNCITRAL, sentence sur la compétence et sur le fond du 28 avril 2011 (disponible à l'adresse : <<http://italaw.com/documents/PaushokAward.pdf>> (page consultée le 1^{er} avril 2012). Parmi les différentes demandes reconventionnelles introduites par la Mongolie, certaines visaient une entité qui n'était pas directement partie à l'arbitrage (¶¶ 695-697).
8. Voir les affaires : *Adriano Gardella v. Republic of the Ivory Coast*, Affaire CIRDI No. ARB/74/1, sentence du 29 août 1977 ; *Southern Pacific Properties Limited v. Arab Republic of Egypt*, Affaire CIRDI No. ARB/84/3, décision sur la compétence du 27 novembre 1985 ; *Benvenuti & Bonfant v. The Government of the People's Republic of Congo*, Affaire CIRDI No. ARB/77/2, sentence du 15 août 1980 ; *Klöckner Industrie-Anlagen v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des*

demandes être introduites par l'État hôte, essentiellement dans le cadre d'arbitrages d'investissement fondés sur un traité bilatéral de protection et de promotion des investissements.

Mais à côté de ces obstacles, se pose également la question du consentement des parties à la demande reconventionnelle. Il convient en effet de conserver à l'esprit qu'une demande reconventionnelle n'est pas simplement un moyen de défense dont l'objet est d'obtenir le rejet de la prétention de la partie demanderesse ; elle constitue, pour le défendeur, l'exercice de son droit d'action lui permettant de soumettre ses prétentions au tribunal saisi⁹. Un tribunal arbitral doit néanmoins être compétent pour en connaître, compétence qui repose sur le consentement des parties¹⁰. Ce consentement doit donc inclure les demandes reconventionnelles éventuellement introduites par la partie défenderesse. C'est précisément l'exigence posée par l'article 46 de la Convention de Washington pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États de 1965 (« Convention CIRDI »).

Cette exigence peut s'avérer délicate lorsque l'arbitrage se fonde sur un traité d'investissement. La compétence du tribunal arbitral repose alors sur le consentement dissocié des parties à l'arbitrage qui doit ainsi

Engrais, Affaire CIRDI No. ARB/81/2, sentence du 21 octobre 1983 ; *Amco Asia Corporation, Pan American Development Ltd. And PT Amco Indonesia v. Republic of Indonesia*, Affaire CIRDI No. ARB/81/1, sentence du 20 novembre 1984 ; et *Resubmitted case*, Affaire CIRDI No. ARB/81/1, décision sur la compétence du 10 mai 1988 ; *Atlantic Triton Company Limited v. People's Revolutionary Republic of Guinea*, Affaire CIRDI No. ARB/84/1, sentence du 21 avril 1986 ; *Maritime International Nominees Establishment (MINE) v. Republic of Guinea*, Affaire CIRDI No. ARB/84/4, sentence du 6 janvier 1988.

9. La notion de « demande reconventionnelle » relève avant tout du droit national et en particulier du droit de la procédure. Pour une vue d'ensemble des règles de procédures des principaux pays de *common law* et de *civil law*, voir C. Antonopoulos, *Counterclaims before the International Court of Justice*, TMC Asser Press, La Haye, 2011 aux pp. 10-12. Voir également : H.E. Veenstra-Kjos, « Counter-claims by Host States in Investment Dispute Arbitration "Without Privity" » dans Ph. Kahn et Th. W. Wälde (dir.), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux – New Aspects of International Investment Law*, Académie de droit international de La Haye, Leiden, Boston, Martinus Nijhof Publishers, 2007 à la p. 598 (avec les références citées).
10. Certains, en doctrine, estiment toutefois qu'un tribunal arbitral devrait être compétent pour toutes demandes reconventionnelles introduites non couvertes par la clause d'arbitrage ou même couvertes par aucune clause d'arbitrage ou par une clause attributive de juridiction. Voir notamment : P. Karrer, « Verrechnung und Widerklage vor Schiedsgericht » dans M. Jametti Greiner, B. Berger et A. Güngerich (éd.), *Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung. Festschrift für Franz Kellerhals zum 65. Geburtstag*, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2004 à la p. 53.

être suffisamment large pour inclure les éventuelles demandes reconventionnelles formulées par la partie défenderesse. Telle est la solution à laquelle le tribunal arbitral est parvenu dans l'affaire *Spyridon Roussalis contre Roumanie*¹¹. Dans cette affaire dont les faits seront brièvement exposés (I), le Gouvernement roumain avait introduit une demande reconventionnelle à l'encontre de l'investisseur étranger. Cette demande a été rejetée dans la mesure où elle n'était pas couverte par le consentement donné par les parties à l'arbitrage. L'offre formulée par le Gouvernement roumain dans le traité bilatéral de promotion et de protection réciproque des investissements conclu entre la Grèce et la Roumanie ne visait en effet que les demandes introduites par l'investisseur étranger (II). Un point important de cette affaire réside toutefois dans la déclaration dissidente du Professeur Reisman, co-arbitre dans cette instance. Sa position, fondée sur une relecture de l'article 46 de la Convention CIRDI, apporte un éclairage nouveau quant à la possibilité pour un État d'introduire une demande reconventionnelle (III).

I. RAPPEL DES FAITS

Le litige concernait un citoyen grec dénommé Spyridon Roussalis qui détenait l'intégralité des parts sociales d'une société de droit roumain, S.C. Continent Marine Enterprise Import Export S.R.L. (« Continent SRL »). En septembre 1998, l'Autorité de Recouvrement des Biens de l'État (« Authority for State Assets Recovery » ou « AVAS »), agence publique roumaine chargée d'approuver et d'exécuter les privatisations, avait lancé un appel d'offres pour la vente de 70 % des parts sociales de la société publique S.C. Malimp S.A. Spyridon Roussalis, par l'intermédiaire de la société Continent SRL, avait remporté l'appel d'offres pour un prix de 32 591 lei par action, et la promesse d'augmenter le capital de la société S.C. Malimp S.A. de 1,4 million de dollars. Le 23 octobre 1998, la société Continent SRL avait ainsi conclu un accord de cession de parts sociales (Share Purchase Agreement) avec AVAS par lequel Continent SRL s'engageait à lui acheter ses parts sociales (soit 372 523 parts). L'accord prévoyait également que Continent SRL investirait, sur ses propres ressources, 1,4 million de dollars sur une période de deux ans à compter du 1^{er} janvier 1999. Les 372 523 parts sociales avaient été placées en gage, en garantie de l'investissement à réaliser. Peu de temps après la signature de cet accord de cession, le nom de la société S.C. Malimp S.A. avait été changé en S.C. Continent Marine Enterprise S.A. (« Continent SA »).

11. *Spyridon Roussalis v. Roumanie*, Affaire CIRDI No. ARB/06/01, sentence du 7 décembre 2011.

Quelques mois avant la fin du délai de deux ans pour investir la somme de 1,4 million de dollars, l'AVAS avait commencé à avoir des doutes quant au respect de ses obligations par Continent SRL. Les autorités locales avaient lancé des investigations pour vérifier que Continent SRL avait bien investi la somme de 1,4 million de dollars dans Continent SA. Or, à défaut d'être investies, certaines sommes issues des fonds propres de la société Continent SA avaient été détournées au profit de Spyridon Roussalis, si bien que des poursuites pénales avaient été engagées contre ce dernier. Les autorités roumaines avaient également initié, dès avril 2001, une procédure pour évasion fiscale et une procédure civile destinée à récupérer les parts sociales mises en gage. Celles-ci, après environ dix années de procédure, s'étaient toutefois soldées par un échec.

En 2004, et parallèlement à ces procédures internes, Spyridon Roussalis avait lancé une procédure CIRDI fondée sur le traité bilatéral de promotion et de protection réciproque des investissements conclu entre la Grèce et la Roumanie, en vigueur depuis mai 1997. Spyridon Roussalis invoquait plusieurs violations de ce traité¹², et estimait que l'action menée par le Gouvernement roumain, par l'intermédiaire de l'AVAS, afin d'obtenir le transfert des parts sociales gagées constituait une expropriation, en violation de l'article 4(2) de ce traité.

Dans sa décision, le tribunal CIRDI composé des Professeurs Andrea Giardina et Michael Reisman, et présidé par Bernard Hanotiau, a tout d'abord estimé que le Gouvernement roumain pouvait avoir des doutes légitimes quant au respect de ses obligations par Continent SRL. Les différents rapports d'expert et dépositions de certains employés de Continent SRL laissaient supposer que des fraudes avaient été commises par Continent SRL, et justifiaient que des procédures soient engagées par le Gouvernement roumain. Toutefois, ces procédures n'avaient pas eu pour effet de déposséder Spyridon Roussalis de son investissement puisque celui-ci avait reconnu à l'audience que son investissement dans Continent SRL était toujours « une affaire rentable ». Le tribunal CIRDI a donc rejeté la demande.

12. Spyridon Roussalis estimait notamment que les actions intentées par les autorités fiscales roumaines constituaient une violation du principe de traitement juste et équitable (article 2(2) du traité) (¶¶ 486-526). De manière similaire, l'interdiction de quitter le pays qui lui avait été signifiée ainsi que la durée des procédures pénales lancées par les autorités roumaines ne constituaient pas une violation de ce principe (¶¶ 593-610). Spyridon Roussalis estimait également que d'autres mesures prises par le Gouvernement roumain, notamment en matière de sécurité alimentaire et de déductions fiscales, constituaient une violation du principe du traitement juste et équitable, ce que le tribunal a rejeté (¶¶ 679-692 ; ¶¶ 737-745).

Le principal intérêt de la sentence ne réside toutefois pas dans cette conclusion, mais dans la position que le tribunal a adoptée concernant la demande reconventionnelle introduite par le Gouvernement roumain. Le Gouvernement roumain avait en effet introduit une demande reconventionnelle afin qu'AVAS obtienne le transfert des parts sociales détenues par Continent SRL dans Continent SA. Cette demande reconventionnelle a toutefois été rejetée par le tribunal arbitral dans la mesure où elle n'entrait pas dans le champ de sa compétence *ratione materiæ*.

II. LE CONSENTEMENT À LA DEMANDE RECONVENTIONNELLE DANS LE CADRE DU CIRDI

Dans l'ordre international, la possibilité pour le défendeur de soumettre une demande reconventionnelle apparaît comme un principe bien établi. De nombreux tribunaux internationaux reconnaissent ce droit au défendeur à l'instance¹³, en dépit parfois du silence de leurs chartes constitutives ou de leurs règles de procédure¹⁴. Certains tribunaux internationaux en ont ainsi déduit l'existence d'un principe général selon lequel un défendeur est en droit d'introduire des demandes reconventionnelles tant que les règles de procédure applicables ne les

13. Voir, par exemple, l'article 63 du Règlement de la Cour permanente de Justice internationale de 1936 ; l'article 80 du Règlement de la Cour internationale de Justice de 1978 ; l'article 98 du Règlement du tribunal international pour le droit de la mer de 2009 qui autorisent le défendeur à introduire une demande reconventionnelle. On note toutefois que l'article 3(10) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends à l'OMC interdit expressément les demandes reconventionnelles, dans la mesure où ce mécanisme est avant tout destiné à préserver les droits et obligations résultant des accords de l'OMC et à restaurer l'équilibre des concessions négociées (article 3(2) du mémorandum d'accord). Sur ce point, voir J. Burda, « Les fonctions de la démarche interprétative dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce » (2008) 21(2) *Revue québécoise de droit international* 15-17.

14. Voir par exemple le cas des tribunaux établis dans les affaires du *Manouba* et du *Carthage* qui ont pu connaître les demandes reconventionnelles introduites par le Gouvernement italien contre la France, afin d'obtenir l'indemnisation pour les frais occasionnés par la saisie des deux navires. Voir l'affaire *Le Carthage* (France contre Italie), Cour permanente d'Arbitrage, sentence du 6 mai 1913, et l'affaire du *Vapeur postal français « Manouba »* (France contre Italie), Cour Permanente d'Arbitrage, sentence du 6 mai 1913 ; sentences disponibles sur le site de la Cour permanente d'arbitrage à l'adresse : <<http://www.pca-cpa.org>>. On note que les différents règlements de procédure de cette institution contiennent aujourd'hui une disposition relative aux demandes reconventionnelles.

excluent pas explicitement¹⁵. Une telle possibilité procéderait de la bonne administration de la justice¹⁶ et de l'égalité des parties¹⁷.

Les règlements d'arbitrage des principales institutions contiennent aujourd'hui des dispositions autorisant le défendeur à l'instance à soumettre une demande reconventionnelle. L'article 5(5) du Règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce International, l'article 5(1)(iii) du Règlement d'arbitrage de l'Institut d'Arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm, l'article 3(10) du Règlement suisse d'arbitrage international ou encore l'article 2.1(b) du Règlement d'arbitrage de la Cour internationale d'arbitrage de Londres les autorisent sans exiger que ces demandes soient couvertes par la même convention d'arbitrage, et donc par le consentement des parties¹⁸.

À la différence de ces règlements d'arbitrage, la Convention et le Règlement d'arbitrage CIRDI exigent explicitement que la demande reconventionnelle soit couverte par le consentement des parties¹⁹ (1).

-
15. L'affaire des *Installations maritimes de Bruges v. Hambourg Amerika Linie* est souvent citée à cette fin dans la mesure où le tribunal avait précisé que « les deux requêtes introductives sont basées sur un seul et même fait, qui est la collision survenue le 25 octobre 1911 entre le vapeur Parthia et Duc d'Albe et un mur du port de Zeebrugge, et que la seconde requête eût pu prendre la forme d'une simple demande reconventionnelle si l'article 29 du Règlement de procédure ne l'interdisait absolument ». Voir *Installations maritimes de Bruges v. Hambourg Amerika Linie*, sentence arbitrale du 24 décembre 1921, *Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes*, tome 1, Paris, Sirey, 1922 à la p. 877.
 16. Voir, sur ce point, H.E. Veenstra-Kjos, « Counter-claims by Host States in Investment Dispute Arbitration "Without Privity" » dans Ph. Kahn et Th. W. Wälde (dir.), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux – New Aspects of International Investment Law*, Académie de droit international de La Haye, Leiden, Boston, Martinus Nijhof Publishers, 2007 à la p. 598.
 17. Cette idée d'égalité entre les parties se retrouve notamment dans le cadre des arbitrages soumis au tribunal des réclamations Iran/États-Unis. Les nombreuses demandes reconventionnelles s'expliquent par le fait que les réclamations formulées par l'État iranien ou ses entités publiques contre les États-Unis ne relevaient pas de la compétence du tribunal. La voie des demandes reconventionnelles a ainsi été la seule alternative pour les autorités iraniennes pour faire valoir leurs droits. Sur ce point, voir P. Daillier, M. Benlolo, M. Dumée, A. Robert et D. Müller, « Tribunal irano-américain de Réclamations » (2000) 46 *Annuaire français de droit international* 339.
 18. Il en va autrement d'autres institutions qui exigent, au contraire, que les demandes soient couvertes par la même convention d'arbitrage. Voir notamment l'article 3(2) des AAA International Rules de 2010 ou l'article 19(1) des Commercial Arbitration Rules of the Japan Commercial Arbitration Association.
 19. Il en va de même de l'article 21(3) du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. On note que le précédent Règlement d'arbitrage de la CNUDCI dans sa version de 1976, restreignait le droit de soumettre des demandes reconventionnelles à celles reposant « sur le même contrat » que celui sur lequel la demande principale était fondée. Cette

Le tribunal arbitral, dans l'affaire *Spyridon Roussalis*, en a déduit que la demande reconventionnelle était par conséquent tributaire de l'étendue du consentement à l'arbitrage donné par les parties (2).

1. L'exigence du consentement des parties aux demandes reconventionnelles dans le cadre du CIRDI

Dans le cadre des arbitrages CIRDI, le défendeur à l'action est en droit de soumettre une demande reconventionnelle en vertu de l'article 46 de la Convention CIRDI et de l'article 40 du Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage. L'article 46 de la Convention précise en effet que :

Sauf accord contraire des parties, le Tribunal doit, à la requête de l'une d'elles, statuer sur toutes demandes incidentes, additionnelles ou reconventionnelles se rapportant directement à l'objet du différend, à condition que ces demandes soient couvertes par le consentement des parties et qu'elles relèvent par ailleurs de la compétence du Centre.²⁰

Le consentement des parties à la demande reconventionnelle est donc une condition *sine qua non* de la compétence du tribunal à son égard. La principale difficulté réside toutefois dans l'existence du consentement à l'égard de ces demandes reconventionnelles, plus particulièrement lorsque l'arbitrage se fonde sur un traité d'investissement. La majorité des arbitrages CIRDI repose aujourd'hui sur de tels traités, à la suite du changement de paradigme qui s'est opéré au milieu des années 1990²¹. Auparavant, la compétence des tribunaux CIRDI se

référence au « même contrat » a été retirée du nouveau Règlement. Sur ce point : M.P. Patocchi et T. Niedermaier, « Chapter XV. UNCITRAL Arbitration Rules » dans Schütze (éd.), *Institutional Arbitration: Commentary*, Munich, Beck Verlag, 2013 aux pp. 451, 1143-1244 ; Th. W. Webster, *Handbook of UNCITRAL Arbitration. Commentary, Precedents and Materials for UNCITRAL Based Arbitration Rules*, London, Thomson Reuters, 2010, ¶¶ 21.28-21.29 aux pp. 319-320 ; P. Lalive et L. Halonen, « On the Availability of Counterclaims in Investment Treaty Arbitration » dans *Rights of the Host States within the System of International Investment Protection, Czech Yearbook of International Law*, 2011 aux pp. 145-146. On note également que cette restriction n'avait pas empêché un tribunal arbitral de considérer une demande reconventionnelle dans le cadre d'un arbitrage fondé sur un traité d'investissement – et non sur un contrat. Voir *Saluka Investments B.V. v. Czech Republic*, décision sur la compétence, 7 mai 2004, ¶¶ 37-39, sentence disponible sur le site de la Cour permanente d'arbitrage à l'adresse : <http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1149> (page consultée le 27 mars 2012).

20. Dans la même veine, l'article 40(1) du Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage (« règlement d'arbitrage du CIRDI ») reprend la même formulation.

21. En particulier avec les sentences *Southern Pacific Properties Ltd. v. The Arab Republic of Egypt* (Affaire CIRDI No. ARB/84/3, sentence du 14 avril 1998, publiée dans

fondait principalement sur une clause d'arbitrage contenue dans un contrat conclu entre un investisseur et un État. Le caractère contractuel – et donc bilatéral – de l'arbitrage CIRDI a progressivement laissé la place à une autre forme d'arbitrage, fondée non plus sur un contrat, mais sur un traité de promotion et de protection des investissements. Le nombre des arbitrages fondés sur de tels traités ne cesse de croître, tant et si bien que l'arbitrage CIRDI est devenu un arbitrage transnational unilatéral²² ou « une sorte d'instrument de contrôle du respect par les États de la légalité dans le domaine économique »²³. À l'heure actuelle, les arbitrages fondés sur une clause d'arbitrage insérée dans un contrat ne représentent pas plus d'un cas sur six au CIRDI²⁴.

Yearbook Commercial Arbitration, vol. XVI, 1991 à la p. 28) et *Asian Agricultural Product Ltd. (AAPL) v. République du Sri Lanka* (Affaire CIRDI No. ARB/87/3, sentence du 27 juin 1990, publiée dans *International Legal Materials*, 1990 à la p. 580). Ces deux arbitrages CIRDI sont les deux premiers à ne pas avoir été fondés sur une clause d'arbitrage ou un compromis, mais sur une loi nationale (pour le premier) et sur un traité bilatéral d'investissement (pour le second). Ils ont ouvert la voie à ce changement de paradigme. Sur ce point : B. Stern, « Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires ? » dans *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX^e siècle – À propos de 30 ans de recherche du CREDIMI, Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, LITEC, 2000 aux pp. 223-225 ; C. Crépet Daigremont, « L'extension jurisprudentielle de la compétence des tribunaux arbitraux CIRDI » dans Ph. Kahn et Th. W. Wälde (dir.), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux – New Aspects of International Investment Law*, Académie de droit international de La Haye, Leiden, Boston, Martinus Nijhof Publishers, 2007 aux pp. 478-479 ; H.E. Veensstra-Kjos, « Counter-claims by Host States in Investment Dispute Arbitration “Without Privity” » dans Ph. Kahn et Th. W. Wälde (dir.), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux – New Aspects of International Investment Law*, Académie de droit international de La Haye, Leiden, Boston, Martinus Nijhof Publishers, 2007 à la p. 614.

22. Selon le titre de la thèse de Walid Ben Hamida, *L'arbitrage transnational unilatéral. Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, Thèse Paris II, 2003. D'autres parlent également d'arbitrage « without privity ». Sur ce point : Jan Paulsson, « Arbitration Without Privity » (1995) 10 *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 232-257.
23. G. Burdeau, « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les États » (1995) 1 *Revue de l'arbitrage* 21. L'arbitrage CIRDI serait également devenu un « international quasi-judicial review of national regulatory mechanism » selon l'expression employée par Thomas W. Wälde et Todd J. Weiler dans leur article : « Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty in the light of new NAFTA Precedents: Towards a Global Code of Conduct for Economic Regulation » dans G. Kaufmann-Kohler et B. Stucki, *Investment Treaties and Arbitration*, ASA Special Series n° 19, 2002 à la p. 159.
24. Sur ce point : K. McArthur et P. Ormachea, « International Investor-State Arbitration: An Empirical Analysis of ICSID Decisions on Jurisdiction » (2009) 28 *Review of Litigation* 572. Selon le dernier rapport annuel du Centre, sur les 32 nouveaux cas enregistrés au CIRDI en 2011, 25 ont été initiés sur la base d'un traité bilatéral d'investissement, 3 sur des accords multilatéraux, 4 sur des lois nationales, et seule-

Ce changement de paradigme est de nature à constituer un obstacle aux demandes reconventionnelles introduites par un État hôte dans le cadre d'une procédure CIRDI. Alors que les contrats conclus entre un investisseur et un État contiennent des obligations réciproques²⁵, les traités bilatéraux d'investissement contiennent en général peu ou pas d'obligations à la charge des investisseurs²⁶. Mais c'est également le caractère dissocié²⁷ du consentement des parties à l'arbitrage qui est de nature à limiter la possibilité d'introduire une demande reconventionnelle. La compétence du tribunal arbitral repose en effet sur la rencontre d'une offre unilatérale d'arbitrage formulée par l'État hôte dans le traité d'investissement, et d'une acceptation de la part de l'investisseur par le biais de la soumission de sa requête d'arbitrage. Le consentement né de cette rencontre doit dès lors être suffisamment large pour inclure les demandes reconventionnelles introduites en cours d'instance par les États hôtes²⁸. L'étendue *ratione materiae* du consentement donné par les parties doit alors être examinée à la lumière du traité sur lequel repose l'arbitrage, mais également sur la requête d'arbitrage.

ment cinq sur une clause d'arbitrage contenue dans un contrat conclu entre un État et un investisseur (*ICSID Annual Report 2011* à la p. 26, disponible sur le site de Centre à l'adresse : <<http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>>, page consultée le 27 mars 2012). Cette statistique est en ligne avec les statistiques plus générales établies en 2008 par la CNUCED selon lesquelles, entre 1987 et 2008, sur les 254 affaires soumises au CIRDI, 201 reposaient sur un traité d'investissement (*Latest Developments in Investor – State Dispute Settlement – 2009*, IIA Monitor No. 1 (2009), disponible à l'adresse : <http://archive.unctad.org/en/docs/webdiaeia20096_en.pdf> (page consultée le 27 mars 2012).

25. Pour une étude des demandes reconventionnelles introduites dans le cadre de procédures CIRDI fondées sur une clause d'arbitrage, voir A. Vohryzek-Griest, « State Counterclaims in Investor-State Disputes: A History of 30 Years of Failure » (2009) 15 *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional* 83-124.
26. On note cependant que le modèle de traité d'investissement proposé par la Norvège inclut des obligations à la charge des investisseurs. Les États qui concluraient un tel accord avec la Norvège s'engagent à encourager leurs investisseurs à respecter les lignes directrices de l'OCDE sur la responsabilité sociale des entreprises multinationales. Sur ce point, voir A.K. Bjorklund, « Report of the Rapporteur : Improving the International Investment Law and Policy System » dans J.E. Alvarez, K.P. Sauvant avec K.G. Ahmed et G.P. Vizcaino (éd.), *The Evolving International Investment Regime : Expectations, Realities, Options*, New York, Oxford University Press, 2011 à la p. 229.
27. E. Gaillard, « L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements » (2003) 4 *Revue de l'arbitrage* 858-859.
28. Le consentement dissocié induirait une sorte d'asymétrie « congénitale » de l'arbitrage fondé sur un traité d'investissement. Cette asymétrie est parfois contestée, dans la mesure où, précisément, certains traités bilatéraux laissent la possibilité aux États hôtes d'introduire des demandes principales ou reconventionnelles. S. Schwebel, « A BIT about ICSID » (2008) 23(1) *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 4.

2. L'étendue du consentement dans l'arbitrage CIRDI fondé sur un traité d'investissement

Dans l'affaire *Spyridon Roussalis*, le Tribunal a procédé à une analyse du traité bilatéral sur lequel l'arbitrage reposait afin de déterminer si la demande reconventionnelle entrait dans le champ de sa compétence (a). Il a cependant refusé d'étendre le champ du consentement donné par la Roumanie sur le fondement des déclarations formulées par Spyridon Roussalis dans sa requête d'arbitrage (b).

a) L'étendue du consentement à la lumière du traité d'investissement

Le tribunal a recherché l'étendue du consentement donné par les parties afin de déterminer si celui-ci était circonscrit aux obligations de l'État hôte en vertu du traité ou s'il incluait également toute demande portant sur l'investissement réalisé.

La méthodologie adoptée par le tribunal dans cette affaire avait déjà été adoptée par d'autres tribunaux non constitués sous les auspices du CIRDI. Dans l'affaire *Saluka Investments B.V. contre Czech Republic*, le tribunal arbitral s'était par exemple penché sur l'accord conclu entre la République Tchèque et les Pays-Bas²⁹. Ce dernier n'autorisait pas explicitement les demandes reconventionnelles³⁰, mais contenait une formulation suffisamment large pour fonder la compétence d'un tribunal sur de telles demandes introduites par l'État hôte³¹.

29. Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federal Republic (adopté le 29 avril 1991 et entré en vigueur le 1^{er} octobre 1992).

30. Rares sont les traités d'investissement qui autorisent explicitement les demandes reconventionnelles introduites par un État hôte. À notre connaissance, seul le traité d'investissement du Marché commun de l'Afrique orientale et australe – COMESA (Common Market for Eastern and Southern Africa) de 2007 prévoit explicitement le droit d'un État hôte d'introduire une demande reconventionnelle à l'encontre d'un investisseur. L'article 28 (9) de ce traité prévoit en effet : « A Member State against whom a claim is brought by a COMESA investor under this Article may assert as a defence, counterclaim, right of set off or other similar claim, that the COMESA investor bringing the claim has not fulfilled its obligations under this Agreement, including the obligations to comply with all applicable domestic measures or that it has not taken all reasonable steps to mitigate possible damages ».

31. L'article 8 de l'accord précisait en effet que « 1. All disputes between one Contracting Party and an investor of the other Contracting Party concerning an investment of the latter shall, if possible, be settled amicably. 2. Each Contracting Party hereby consents to submit a dispute referred to in paragraph (1) of this Article, to an arbitral tribunal, if the dispute has not been settled amicably within a period of six months from the date either party to the dispute requested amicable settlement. »

Le tribunal a alors admis la demande reconventionnelle formulée par la République Tchèque puisqu'elle était couverte par le consentement des parties³². La même démarche – et la même conclusion – avait été suivie par le tribunal UNCITRAL dans l'affaire *Paushok and others v. Government of Mongolia*³³.

Certains traités, au contraire, circonscrivent la compétence du tribunal aux violations par l'État hôte de ses obligations au titre du traité³⁴. Dans l'affaire *Hamester contre Ghana*³⁵, l'article 12(1) de l'accord conclu entre la République Fédérale d'Allemagne et la République du Ghana, limitait la compétence du tribunal arbitral aux litiges concernant une obligation, au titre de ce traité, de l'un des États parties, en relation avec un investissement d'un ressortissant ou d'une société de l'autre État partie³⁶. Le texte du traité était toutefois relativement ambigu, puisqu'il précisait que l'État hôte pouvait également être lésé par l'investisseur ; il

32. *Saluka Investments B.V. v. Czech Republic*, Décision sur la compétence, 7 mai 2004, ¶ 39 : « The Tribunal agrees that, in principle, the jurisdiction conferred upon it by Article 8, particularly when read with Article 19.3, 19.4 and 21.3 of the UNCITRAL Rules, is in principle wide enough to encompass counterclaims. The language of Article 8, in referring to "All disputes," is wide enough to include disputes giving rise to counterclaims, so long, of course, as other relevant requirements are also met ». Sentence disponible sur le site de la Cour permanente d'arbitrage à l'adresse : <http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1149> (page consultée le 27 mars 2012).
33. *Paushok and others v. Government of Mongolia*, Arbitrage UNCITRAL, sentence sur la compétence et sur le fond du 28 avril 2011, ¶ 689. L'article 6 du traité d'encouragement et de protection réciproque des investissements conclu entre le Gouvernement de la Fédération de Russie et le Gouvernement de Mongolie faisait référence aux « Disputes between one of the Contracting Parties and an investor of the other Contracting Party, arising in connection with realization of investments, including disputes concerning the amount, terms or method of payment of the compensation, shall, whenever possible, be settled through negotiations », disponible à l'adresse : <<http://italaw.com/documents/PaushokAward.pdf>> (page consultée le 1^{er} avril 2012).
34. C'est par exemple le cas du Traité sur la charte de l'énergie (art. 26). Un tribunal constitué sous les auspices de la Chambre de Commerce de Stockholm avait ainsi rejeté une demande reconventionnelle introduite par l'Ukraine relative à une atteinte à sa réputation (affaire *Limited Liability Company Amt v. Ukraine*, sentence sur le fond du 28 mars 2008, Cas SCC No. 080/2005, ¶ 118 ; Sentence disponible à l'adresse : <http://italaw.com/alphabetical_list_content.htm> (page consultée le 27 mars 2012). Il en va de même de l'ALENA dont les articles 1116 et 1117 vont dans le même sens.
35. *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, Affaire CIRDI No. ARB/07/24, sentence du 18 juin 2010.
36. *Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Ghana über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen*, signé le 24 février 1995 et entré en vigueur le 23 novembre 1998, disponible à l'adresse : <http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/germany_ghana.gr.pdf> (page consultée le 29 mars 2012).

lui reconnaissait par conséquent la possibilité d'introduire une requête d'arbitrage³⁷. Le tribunal ne s'est malheureusement pas penché plus avant sur sa compétence, le Ghana n'ayant pas argumenté sa demande reconventionnelle³⁸.

Dans l'affaire *Spyridon Roussalis*, le tribunal a donc recherché dans les termes du traité si la demande reconventionnelle introduite par la Roumanie relevait de sa compétence. Le tribunal s'est ainsi focalisé sur l'article 9 du traité, une disposition à « sens unique » qui précise :

Disputes between an investor of a Contracting Party and the other Contracting Party concerning an obligation of the latter under this Agreement, in relation to an investment of the former, shall, if possible, be settled by the disputing parties in an amicable way [...]

If such disputes cannot be settled within six months from the date either party requested amicable settlement, the investor concerned may submit the dispute either to the competent courts of the Contracting Party in the territory of which the investment has been made or to international arbitration.

Pour déterminer la portée de cette disposition, le tribunal a estimé qu'il lui appartenait de rechercher la commune intention des parties. Il s'est alors appuyé sur l'affaire *Amco Asia* dans laquelle les arbitres avaient précisé que la « commune intention des parties » doit être recherchée sans que le consentement des parties ne soit interprété de manière restrictive, ou, au contraire, de manière trop large ou libérale³⁹.

La référence à l'affaire *Amco Asia* n'était sans doute pas la plus appropriée puisque la compétence du tribunal arbitral reposait sur une clause d'arbitrage insérée dans un contrat. Certes, il n'y a pas de différence quant aux effets du consentement donné dans le cadre d'un contrat de celui offert et accepté entre un État hôte et un investisseur dans le

37. Voir les articles 12(3) et 12(4) du traité conclu entre la République fédérale d'Allemagne et la République du Ghana ; voir également *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, Affaire CIRDI No. ARB/07/24, sentence du 18 juin 2010, ¶ 354.

38. *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, Affaire CIRDI No. ARB/07/24, sentence du 18 juin 2010, ¶ 355. Sur ce point, voir également P. Lalive et L. Halonen, « On the Availability of Counterclaims in Investment Treaty Arbitration » dans *Rights of the Host States within the System of International Investment Protection*, Czech Yearbook of International Law, 2011 aux pp. 148-149.

39. *Amco Asia Corporation and others v. République d'Indonésie*, Affaire CIRDI No. ARB/81/1, Décision sur la compétence du 25 septembre 1983, publiée dans *International Legal Materials*, vol. 23, 1984 à la p. 359.

cadre d'un traité. Le résultat atteint est indéniablement le même : il s'agit de fonder la compétence du tribunal arbitral. Néanmoins, il est contestable de se cantonner à la recherche de la commune intention des parties uniquement dans le traité lui-même, puisqu'il s'agit d'un accord auquel l'investisseur n'était, précisément, pas partie, mais simplement un tiers bénéficiaire. La commune intention des parties ne devrait donc pas être recherchée dans le seul traité bilatéral – qui ne constitue, en définitive, que la moitié du consentement⁴⁰ – mais également dans l'acte par lequel l'investisseur consent effectivement à l'offre de l'État hôte – à savoir, en général, dans sa requête d'arbitrage.

b) L'étendue du consentement à la lumière de la requête d'arbitrage

Dans l'affaire *Spyridon Roussalis*, le demandeur à l'instance avait, dans sa requête d'arbitrage, formellement consenti aux éventuelles demandes reconventionnelles qui pourraient être introduites par le Gouvernement roumain. La question posée consistait alors à déterminer si l'investisseur pouvait moduler, par sa requête d'arbitrage, le consentement donné par l'État hôte.

De manière générale, les formules utilisées par les investisseurs pour fonder la compétence d'un tribunal arbitral sont brèves. L'investisseur se contente généralement d'« invoquer » dans sa requête d'arbitrage les dispositions du traité, de « consentir » à l'arbitrage en accord avec celles-ci, ou encore d'« accepter l'offre de l'État hôte et de consentir à la compétence du tribunal sur les demandes introduites par l'investisseur »⁴¹.

La possibilité pour un investisseur de venir restreindre l'offre formulée par l'État hôte dans le traité d'investissement est débattue. Une partie de la doctrine y est favorable, estimant que la compétence du tribunal doit alors se fonder sur le plus petit dénominateur commun des consentements donnés⁴². D'autres au contraire rejettent cette interpré-

40. Sur ce point : P. Lalive et L. Halonen, « On the Availability of Counterclaims in Investment Treaty Arbitration » dans *Rights of the Host States within the System of International Investment Protection, Czech Yearbook of International Law*, 2011 à la p. 149.

41. Sur ces différentes formulations, voir P. Lalive et L. Halonen, « On the Availability of Counterclaims in Investment Treaty Arbitration » dans *Rights of the Host States within the System of International Investment Protection, Czech Yearbook of International Law*, 2011 à la p. 149.

42. Dans ce sens, voir par exemple : I. Shihata et A. Parra, « The Experience of the International Center for Settlement of Investment Disputes » (1999) 14(2) *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 320 : « it might be argued, there would be mutual consent of the parties to arbitration only to the extent of the overlap between the

tation et estiment, à raison, que toute restriction de l'offre de l'État hôte revient, pour l'investisseur, à la formulation d'une « contre-offre » d'arbitrage qui devrait faire l'objet d'une acceptation de la part de l'État hôte⁴³.

L'autre question, parallèle, est celle de savoir si un investisseur peut au contraire élargir le champ du consentement de l'État hôte pour inclure les demandes reconventionnelles que celui-ci pourrait introduire en cours d'instance. Une telle situation pourrait notamment se produire lorsque l'État hôte a déjà intenté une action devant ses cours nationales et que l'investisseur entend voir celle-ci être jugée, avec la demande principale, par un tribunal arbitral. C'est notamment ce qui s'était produit dans l'affaire *SGS contre Philippines* dans laquelle l'investisseur avait expressément admis que l'État hôte puisse introduire une demande reconventionnelle alors même que le traité bilatéral n'envisageait que les demandes introduites par l'investisseur⁴⁴. Les termes du traité entre la Confédération helvétique et la République des Philippines étaient d'ailleurs similaires à ceux du traité conclu entre la Grèce et la Roumanie⁴⁵. Le tribunal avait accepté de proroger la compétence sur le fondement de cette acceptation expresse de la part de l'investisseur.

general consent or offer of the state to arbitrate in the investment treaty and the investor's particular consent taking advantage of that offer ». Voir également Ch. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch et A. Sinclair, *The ICSID Convention – A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, ad. Art. 46, ¶ 94 à la p. 756.

43. Sur ce point : W. Ben Hamida, *L'arbitrage transnational unilatéral. Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, Thèse Paris II, 2003 à la p. 177. Dans le même sens, P. Lalive et L. Halonen, « On the Availability of Counterclaims in Investment Treaty Arbitration » dans *Rights of the Host States within the System of International Investment Protection, Czech Yearbook of International Law*, 2011 à la p. 150 ; Z. Douglas, *Investment Law of Investment Claims*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, ¶ 491 à la p. 258.
44. *SGS Société Générale de Surveillance v. Republic of the Philippines*, Affaire CIRDI No. ARB/02/6, Décision du tribunal sur les objections à la compétence, 29 janvier 2004, ¶ 40 : « The fraud allegations were said to relate to SGS inspection operations in China. SGS denied these allegations, but appeared to accept that they could be considered, if necessary as a counterclaim, if the Respondent so wished ».
45. Voir l'article VIII de l'Accord du 31 mars 1997 entre la Confédération suisse et la République des Philippines concernant la promotion et la protection réciproque des investissements et entrée en vigueur le 23 avril 1999 :
- « 1. Afin de trouver une solution aux différends relatifs à des investissements entre une Partie contractante et un investisseur de l'autre Partie contractante et sans préjudice de l'art. IX du présent Accord (Différends entre les Parties contractantes), des consultations auront lieu entre les parties concernées.
2. Si ces consultations n'apportent pas de solution dans un délai de six mois à compter de la demande de les engager, l'investisseur pourra soumettre le différend à la juridiction nationale de la Partie contractante sur le territoire de laquelle l'investissement

Dans l'affaire *Spyridon Roussalis*, l'investisseur avait adopté une position similaire. Alors que l'article 9 du traité ne visait que les demandes introduites par l'investisseur, Spyridon Roussalis avait, par deux fois, tenté d'élargir le consentement donné par la Roumanie afin que le tribunal arbitral puisse connaître, en tant que demandes reconventionnelles, les demandes introduites par le Gouvernement roumain devant ses propres juridictions.

Dans une première lettre adressée au Gouvernement roumain datée du 9 décembre 2003, Spyridon Roussalis avait très clairement expliqué que les actions introduites par la Roumanie devant ses cours nationales relevaient du traité bilatéral, et donc de la compétence du tribunal CIRDI. Il avait précisé à cet effet :

Furthermore, the assertion of a counterclaim pursuant to Article 46 is fully consistent with Romania's BIT obligations. APAPS' [AVAS's] actions for the execution of the security [...] motivated by the nonaccomplishment by the undersigned's assumed obligations as a foreign investor [...] represented a dispute in relation to the investment, as it is stipulated by the [...] [BIT].⁴⁶

Spyridon Roussalis avait réitéré cette position dans sa requête d'arbitrage en ces termes :

The dispute between the undersigned, as the sole associate of SC Continent Marine Enterprise Import Export SRL and the Romanian State, having as scope APAPS [AVAS]'s action to execute the security formed by those 372,523 shares, owned by SC Continent Marine Enterprise SA [...] belongs to the settlement competence, by arbitration, to the International Centre for Settlement of Investments Disputes.⁴⁷

Il était vraisemblablement possible de déduire de ces différentes formulations que Spyridon Roussalis souhaitait – et donc consentait –

a été effectué ou à l'arbitrage international. Dans ce dernier cas, l'investisseur aura le choix entre :

(a) le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (C.I.R.D.I.), institué par la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, ouverte à la signature à Washington le 18 mars 1965 ;

(b) un tribunal arbitral *ad hoc* qui, sauf accord contraire des parties au différend, sera établi selon les règles d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (C.N.U.D.C.I.). »

46. *Spyridon Roussalis v. Roumanie*, Affaire CIRDI No. ARB/06/01, sentence du 7 décembre 2011, ¶ 776.

47. *Spyridon Roussalis v. Roumanie*, Affaire CIRDI No. ARB/06/01, sentence du 7 décembre 2011, ¶ 777.

que l'ensemble de son différend avec l'État roumain concernant son investissement soit soumis à la compétence du tribunal CIRDI. La seule condition posée à ce consentement était que la Roumanie abandonne ses poursuites devant ses juridictions nationales⁴⁸. Le Gouvernement roumain avait toutefois refusé cet abandon, souhaitant maintenir son offensive sur les deux fronts : devant ses juridictions internes, mais également devant le CIRDI par le biais d'une demande reconventionnelle.

Le tribunal, dans sa majorité, n'a donc pas admis sa compétence sur la demande reconventionnelle introduite par l'État roumain, s'en tenant à la lettre du traité et à l'offre initiale de l'État hôte. Le tribunal, sans toutefois l'exprimer expressément, n'a donc pu se fonder sur une quelconque prorogation de compétence.

Un point intéressant de cette affaire réside toutefois dans la déclaration dissidente d'un des membres du tribunal arbitral. Dans sa déclaration, le Professeur Reisman a proposé de fonder la compétence d'un tribunal CIRDI pour connaître d'une demande reconventionnelle sur le seul fondement de l'article 46 de la Convention CIRDI.

III. LE CONSENTEMENT AUX DEMANDES RECONVENTIONNELLES SUR LE FONDEMENT DE L'ARTICLE 46 DE LA CONVENTION CIRDI

Dans sa déclaration dissidente, le Professeur Reisman a déploré ne pouvoir suivre les autres membres du tribunal quant à leur décision rejetant la compétence du tribunal sur les demandes reconventionnelles introduites par le Gouvernement roumain. Il a alors proposé une autre approche à celle retenue par ses co-arbitres par la déclaration intégralement reproduite ci-dessous :

I regret that I cannot join my colleagues in that part of our decision which rejects jurisdiction over counterclaims "arising directly out of the subject-matter of the dispute," the first time it has been so rejected on the ground of absence of consent. I understand the line of their analysis but, in my view, when the States Parties to a BIT contingently consent, inter alia, to ICSID jurisdiction, the consent component of Article 46 of the Washington Convention is ipso facto imported into any ICSID arbitration which an investor then elects to pursue. It is important to bear in mind that such counterclaim jurisdiction is not only a concession to the State Party : Article 46 works to the benefit of both respondent state and investor. In rejecting ICSID jurisdiction over counterclaims, a neutral tribunal – which was, in

48. *Spyridon Roussalis v. Roumanie*, Affaire CIRDI No. ARB/06/01, sentence du 7 décembre 2011, ¶ 823.

fact, selected by the claimant – perforce directs the respondent State to pursue its claims in its own courts where the very investor who had sought a forum outside the state apparatus is now constrained to become the defendant. (And if an adverse judgment ensues, that erstwhile defendant might well transform to claimant again, bringing another BIT claim.) Aside from duplication and inefficiency, the sorts of transaction costs which counter-claim and set-off procedures work to avoid, it is an ironic, if not absurd, outcome, at odds, in my view, with the objectives of international investment law.⁴⁹

Selon l'approche proposée par le Professeur Reisman, le simple fait de soumettre une requête au CIRDI vaudrait consentement aux éventuelles demandes reconventionnelles introduites par l'État hôte. En ratifiant la convention CIRDI et en acceptant que ses litiges avec un investisseur d'un autre État soient soumis au Centre, l'État se réserverait en effet le droit de soumettre de telles demandes sur le fondement de l'article 46. De son côté, l'investisseur, en choisissant de soumettre une requête au Centre, consentirait à être lié par la Convention CIRDI et le Règlement d'arbitrage de l'Institution, en particulier au droit de l'État hôte d'introduire une demande reconventionnelle. En définitive, le consentement se déduirait de l'acceptation de la compétence du Centre sans qu'il ne soit besoin de rechercher si les demandes reconventionnelles sont couvertes par les termes du traité sous-jacent. L'examen des consentements dissociés deviendrait alors inutile.

Cette approche s'écarte-t-elle de la lettre de l'article 46 de la Convention CIRDI ? Les travaux préparatoires de la Convention CIRDI paraissent *a priori* contredire cette approche dans la mesure où la condition selon laquelle les « *demandes* [doivent être] *couvertes par le consentement des parties* » avait été envisagée dès les premières discussions menées par les délégations⁵⁰. L'article 46 n'a en effet jamais été entendu comme une disposition ayant pour objet de proroger la compétence d'un tribunal CIRDI pour des demandes non couvertes par le consentement des parties⁵¹. Au contraire, l'article 46 de la Convention CIRDI présuppose la compétence d'un tribunal CIRDI pour connaître d'une demande reconventionnelle. Les termes de cette disposition sont

49. Déclaration du Professeur Reisman, jointe à la sentence *Spyridon Roussalis v. Roumanie*, Affaire CIRDI No. ARB/06/01.

50. Ch. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch et A. Sinclair, *The ICSID Convention – A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, ad. Art. 46, ¶ 87 à la p. 754.

51. Sur ce point : *History of the ICSID Convention, Documents Concerning the Origin and the Formation of the Convention between States and Nationals of Other States*, Washington, ICSID Secretariat, vol. II, 2001 aux pp. 270 et 337. Voir également Note B(b) à l'Arbitration Rules 40 de 1968, dans *ICSID Report*, vol. 1, 1993 à la p. 100.

suffisamment clairs pour qu'il ne soit besoin de l'interpréter dans un sens différent⁵².

Bien qu'il ne l'ait exprimée clairement, la position adoptée par le Professeur Reisman semble toutefois différente. Il ne s'agit pas de remettre en cause l'exigence du consentement, mais de déterminer comment celui-ci a été donné par les différentes parties. L'article 46 ne précise en effet pas comment le consentement aux demandes reconventionnelles doit être donné, et en particulier si le simple fait de soumettre un différend au Centre lui donne compétence pour en connaître. Selon cette approche, il faudrait déduire de la volonté des parties de voir leur différend être réglé sous les auspices du Centre leur consentement à ce que d'éventuelles demandes reconventionnelles soient introduites au cours de l'instance.

Il est vrai que l'idée sous-jacente de l'article 46 est de permettre de juger dans le cadre d'une seule instance les demandes reconventionnelles qui sont étroitement liées aux demandes principales⁵³. L'article 46 établirait ainsi une présomption en faveur de l'arbitrabilité des demandes reconventionnelles : un tribunal constitué sous les auspices de la Convention de Washington doit, sauf accord contraire des parties, statuer sur de telles demandes dès lors qu'elles se rapportent directement à l'objet du différend. Cette présomption vaudrait dès lors que le système CIRDI a été choisi pour résoudre le différend.

Récemment, un tribunal constitué sous les auspices du CIRDI a fait application de la position développée par le Professeur Reisman. Dans l'affaire *Antoine Goetz*⁵⁴, la République du Burundi avait introduit une demande reconventionnelle en se fondant exclusivement sur l'article 40 du Règlement d'arbitrage du CIRDI. L'investisseur contestait la compétence du tribunal arbitral sur cette demande en invoquant la Convention entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et la République du Burundi concernant l'encouragement et la protection réciproque des investissements du 13 avril 1989. Ce traité comprenait

52. H.E. Veenstra-Kjos, « Counter-Claims by Host States in Investment Dispute Arbitration *Without Privity* » dans Ph. Kahn et Th. W. Wälde (dir.), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux – New Aspects of International Investment Law*, Académie de droit international de La Haye, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007 à la p. 617.

53. I. Shihata et A. Parra, « The Experience of the International Center for Settlement of Investment Disputes » (1999) 14(2) *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 320.

54. Affaire *Antoine Goetz & Consorts et S.A. Affinage des métaux contre République du Burundi*, Affaire CIRDI No. ARB/01/2, sentence sur le fond du 21 juin 2012.

une disposition similaire à celle contenue dans le traité bilatéral de promotion et de protection réciproque des investissements conclu entre la Grèce et la Roumanie qui intéressait l'affaire *Spyridon Roussalis*⁵⁵. Après avoir rappelé que l'article 40 du Règlement d'arbitrage du CIRDI est directement inspiré de l'article 80 du Règlement de procédure de la Cour internationale de Justice dans sa version du 14 avril 1978⁵⁶, le tribunal s'est fondé sur l'article 46 de la Convention CIRDI pour fonder sa compétence à l'égard de la demande reconventionnelle. Il a alors précisé :

Les parties ont par ailleurs consenti à ce que la demande des consorts Goetz soit soumise au CIRDI selon la procédure fréquemment adoptée à cet effet : pour le Burundi, en concluant le TPI. Mais en concluant le TPI, le Burundi a par là même accepté que les différends qui seraient soumis à arbitrage dans le cadre du CIRDI soient réglés dans les conditions et selon les procédures fixées par la Convention de Washington. Il a notamment accepté que les demandes incidentes, additionnelles ou reconventionnelles présentées en cours d'instance soient examinées par le tribunal dans les conditions fixées par l'article 46 de la Convention et l'article 40 du Règlement d'arbitrage. En acceptant l'offre d'arbitrage, les consorts Goetz ont à leur tour accepté qu'il en soit ainsi. Ce double consentement donne compétence au Tribunal pour connaître des demandes reconventionnelles.⁵⁷

Le tribunal s'est ensuite explicitement référé à la déclaration du Professeur Reisman pour ajouter qu'il importe peu que le traité sur lequel se fonde l'arbitrage « ne contienne aucune disposition donnant compétence au Tribunal pour connaître des demandes reconventionnelles »⁵⁸.

55. Voir l'article 8 de la Convention entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et la République du Burundi concernant l'encouragement et la protection réciproque des investissements du 13 avril 1989. Cette disposition précisait : « Pour l'application du présent article, un différend relatif à un investissement est défini comme un différend concernant [...] c) l'allégation de la violation de tout droit conféré ou établi par la présente Convention en matière d'investissement ».

56. La référence à ce Règlement de procédure n'est sans doute pas étrangère à la présence de l'ancien juge de la Cour internationale de Justice, Gilbert Guillaume, président du tribunal arbitral. L'article 80 précisait qu'« une demande reconventionnelle peut être présentée pourvue qu'elle soit en connexité directe avec l'objet de la demande de la partie adverse et qu'elle relève de la compétence de la Cour ». *Affaire Antoine Goetz & Consorts et S.A. Affinage des métaux contre République du Burundi*, *Affaire CIRDI No. ARB/01/2*, sentence sur le fond du 21 juin 2012, ¶ 273.

57. *Affaire Antoine Goetz & Consorts et S.A. Affinage des métaux contre République du Burundi*, *Affaire CIRDI No. ARB/01/2*, sentence sur le fond du 21 juin 2012, ¶ 278.

58. *Affaire Antoine Goetz & Consorts et S.A. Affinage des métaux contre République du Burundi*, *Affaire CIRDI No. ARB/01/2*, sentence sur le fond du 21 juin 2012, ¶ 279.

Il y a lieu de souscrire à la position du Professeur Reisman qui présente des avantages indéniables non seulement pour l'État hôte, mais également pour l'investisseur puisque l'article 46 de la Convention CIRDI joue au profit des deux parties. Cette disposition a en effet « pour objet et pour but non de compliquer le règlement des différends en matière d'investissement, mais de le faciliter dans l'intérêt à la fois des États et des investisseurs »⁵⁹. La position du Professeur Reisman désormais consacrée par l'affaire *Antoine Goetz*, entend éviter la duplication des procédures en purgeant l'ensemble du litige par le biais d'une procédure unique devant un seul tribunal. Elle souhaite surtout éviter que l'État hôte ne saisisse ses propres juridictions nationales des demandes reconventionnelles dont le tribunal arbitral pourrait connaître dès lors que celles-ci se rapportent directement à l'objet du litige qui lui a été soumis⁶⁰. Cette proposition est enfin favorable à l'investisseur dans la mesure où elle lui garantit que les actions intentées à son encontre seront jugées par un tribunal indépendant, dont la neutralité est supposée être plus grande que celle des juridictions nationales.

En définitive, cette approche met en exergue les spécificités de l'arbitrage institutionnel sous les auspices du CIRDI, et entend éviter la multiplication des procédures et l'accroissement des coûts de l'arbitrage. On ne peut dès lors que souscrire à l'approche développée par le Professeur Reisman, et admettre à sa suite que la position finalement retenue par le tribunal arbitral dans l'affaire *Spyridon Roussalis* présente quelque chose d'« ironique », si ce n'est d'« absurde », au regard des finalités du droit international des investissements et de la logique systémique du Centre qui est d'assurer la sécurité juridique et la résolution efficace des litiges.

CONCLUSION

La décision rendue dans l'affaire *Spyridon Roussalis contre Roumanie* est la première dans laquelle un tribunal arbitral CIRDI s'est déclaré incompétent pour connaître d'une demande reconventionnelle introduite par l'État hôte. Il est vrai que c'est le comportement procédural du Gouvernement roumain qui a été sanctionné puisque les demandes à l'encontre de Spyridon Roussalis avaient été introduites à la fois devant

59. Affaire *Antoine Goetz & Consorts et S.A. Affinage des métaux contre République du Burundi*, Affaire CIRDI No. ARB/01/2, sentence sur le fond du 21 juin 2012, ¶ 280.

60. Sur les avantages de l'approche développée par le Professeur Reisman, voir J.E. Kalicki, « Counterclaims by States in Investment Arbitration », *Investment Treaty News*, 14 janvier 2013, disponible à l'adresse : <<http://www.iisd.org/itn/2013/01/14/counterclaims-by-states-in-investment-arbitration-2/>> (page consultée le 23 mars 2013).

les juridictions internes et le tribunal arbitral. Le tribunal arbitral se serait peut-être déclaré compétent sur les demandes reconventionnelles si le Gouvernement roumain avait abandonné ses poursuites devant les juridictions internes. L'investisseur, Spyridon Roussalis, était prêt à élargir la compétence du tribunal CIRDI à cette condition.

L'affaire *Spyridon Roussalis* illustre surtout les difficultés qui président à l'introduction de demandes reconventionnelles par un État hôte dans le cadre d'un arbitrage fondé sur un traité d'investissement. La proposition du Professeur Reisman et sa volonté d'ouvrir l'arbitrage CIRDI aux demandes reconventionnelles sur le seul fondement de l'article 46 présentent, à ce titre, un intérêt indéniable, et ce d'autant plus qu'elle a été expressément appliquée dans le cadre de l'affaire *Antoine Goetz*.

Outre les avantages en termes d'efficacité de la procédure, la position du Professeur Reisman soulève de manière incidente la question de l'asymétrie qui existe dans le cadre de l'arbitrage d'investissement. Les obligations qui pèsent sur les investisseurs sont, pour l'heure, relativement limitées, et ce en dépit des appels répétés à un respect accru des règles fondamentales relatives aux droits de l'homme, au droit du travail ou à l'environnement par les investisseurs étrangers. Les traités qui intègrent ces dimensions sont pour l'heure relativement rares ou alors dépourvus de réelle efficacité⁶¹. Ouvrir l'arbitrage CIRDI aux demandes reconventionnelles sur le fondement de l'article 46 n'aurait, en définitive, de sens que dans la mesure où les obligations pesant sur les investisseurs étaient également renforcées. De manière similaire, en se fondant sur l'article 46, le Professeur Reisman entend corriger cette asymétrie en rétablissant l'équilibre entre les parties à la procédure⁶². En donnant

61. Pour une analyse de l'accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail (ANACT), accord joint à l'ALENA, voir J. Burda, *Le droit international économique et les droits sociaux fondamentaux – La dimension sociale de la libéralisation des échanges*, Sarrebruck, Éditions Universitaires Européennes, 2011 aux pp. 128-137. Voir également A.K. Bjorklund, « Report of the Rapporteur : Improving the International Investment Law and Policy System » dans J.E. Alvarez, K.P. Sauvant, K.G. Ahmed et G.P. Vizcaino (éd.), *The Evolving International Investment Regime: Expectations, Realities, Options*, New York, Oxford University Press, 2011 aux pp. 229-231 qui plaide pour un meilleur équilibre entre les obligations des États et des investisseurs dans le cadre du droit international des investissements.

62. Sur ce point : G. Burdeau, « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les États » (1995) 1 *Revue de l'arbitrage* 21 ; W. Ben Hamida, *L'arbitrage transnational unilatéral. Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, Thèse Paris II, 2003 à la p. 177 ; H.E. Veenstra-Kjos, « Counter-claims by Host States in Investment Dispute Arbitration "Without Privity" » dans Ph. Kahn et Th. W. Wälde (dir.), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux – New Aspects of International*

compétence à un tribunal CIRDI pour connaître de toute demande reconventionnelle, un État hôte serait mis sur un pied d'égalité avec l'investisseur : tous deux pourraient soumettre leurs prétentions au tribunal saisi. Il se priverait en revanche de la possibilité de poursuivre l'investisseur devant ses propres juridictions.

Enfin, la lecture de l'article 46 proposée par le Professeur Reisman semble être la seule qui justifie que cette disposition ait été intégrée dans la Convention de Washington. L'article 46 serait en effet dépourvu de portée si les demandes reconventionnelles n'étaient admises qu'en cas de consentement explicite de la part des parties ou d'autorisation expresse dans l'accord d'investissement⁶³. Refuser de donner effet à l'article 46 lorsqu'une demande reconventionnelle est suffisamment liée à la demande de l'investisseur reviendrait à suggérer que l'arbitrage CIRDI est au seul bénéfice des investisseurs⁶⁴...

Investment Law, Académie de droit international de La Haye, Leiden, Boston, Martinus Nijhof Publishers, 2007 à la p. 617.

63. M.N. Bravin et A.B. Kaplan, « Arbitrating closely Related Counterclaims at ICSID in the Wake of *Spyridon Roussalis v. Romania* » (2012) 9(4) *Transnational Dispute Management* 8.

64. M.N. Bravin et A.B. Kaplan, « Arbitrating closely Related Counterclaims at ICSID in the Wake of *Spyridon Roussalis v. Romania* » (2012) 9(4) *Transnational Dispute Management* 7.