

ABCI Investments N.V. c. République tunisienne
(Affaire CIRDI No. ARB/04/12)

Opinion dissidente du Professeur Brigitte Stern

1. Bien qu'en accord avec mes collègues sur un certain nombre d'analyses de la décision sur la compétence¹ qu'ils ont adoptée à la majorité, il m'est impossible d'y souscrire en raison des implications de l'analyse effectuée, qui équivaut à faire du consentement de l'investisseur **un consentement purement virtuel**. Je prends évidemment acte de la Décision sur la compétence et des raisonnements sur lesquels elle est fondée. Je pense cependant qu'un autre raisonnement est possible, qu'il m'a paru nécessaire de présenter dans une opinion dissidente, en raison des questions de principe soulevées. Cela ne remet évidemment pas en cause le respect et l'estime que j'ai pour mes éminents collègues.
2. Notre divergence porte sur l'appréciation du consentement à l'arbitrage. Comme chacun le sait, le consentement est la clé de voûte de l'arbitrage CIRDI, comme d'ailleurs de tout arbitrage. Ceci vient encore d'être rappelé dans une sentence récente : « *The ICSID Convention requires in Article 25 that parties to the dispute "consent in writing" to submit such dispute to the Centre. Under Article 25, consent in writing is thus indispensable* »². S'il est important que le consentement de l'Etat souverain soit clair et certain, il doit nécessairement en aller de même du consentement de l'investisseur, qui doit lui aussi être clair et certain. L'auteur de cette opinion dissidente, dans un article sur l'affaire *Maffezini*³, avait parlé du « *increasingly remote consent of the State* ». Ici, on pourrait plutôt parler d'un « *increasingly remote consent of the investor* ».
3. En ce qui me concerne, je considère que dans cette affaire le Tribunal est manifestement incompétent.
4. Je suis en désaccord aussi bien avec les analyses juridiques sous-jacentes, qu'avec l'évaluation des faits de l'affaire.

¹ Par exemple sur l'importance du consentement à la base de l'institution de l'arbitrage (§ 114) ou sur le fait qu'une offre d'arbitrage contenue dans une loi peut être retirée par l'Etat tant qu'elle n'a pas été acceptée par l'investisseur (§ 93).

² *Mobil v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Affaire CIRDI No. ARB/07/27, Décision sur la compétence, 10 juin 2010, § 86. C'est nous qui soulignons.

³ « ICSID Arbitration and the State's Increasingly Remote Consent : Apropos the Maffezini Case », in Steve Charnovitz, Debra Steger & Peter Van den Bossche (eds), *Law in the Service of Human Dignity*. Essays in Honour of Florentino Feliciano, Cambridge, Cambridge U. Press, 2005, pp. 246-260, Pièce C-LA-174.

I. Un désaccord profond sur les analyses juridiques

1. Une simple demande d'agrément présentée en termes généraux ne peut suffire à établir le consentement de l'investisseur à l'arbitrage CIRDI

5. Selon le raisonnement de la majorité, tout investisseur agréé en vertu de la loi sur les investissements de 1969, doit être réputé non seulement avoir le bénéfice de toutes les dispositions de cette loi et en particulier de l'offre d'arbitrage CIRDI qu'elle comporte, mais en outre avoir par la seule demande d'agrément également transmis par avance une acceptation de l'arbitrage CIRDI, rendant ainsi parfait l'échange des consentements, dès que l'agrément lui est accordé. En réalité, dans la mesure où, pour bénéficier de la protection du Code des investissements, il fallait être agréé, il en résulte que pour tous les investisseurs étrangers en Tunisie investissant sous l'empire de la loi de 1969, la nécessité d'un consentement spécifique de l'investisseur à l'arbitrage CIRDI disparaît. Le seul fait de l'existence d'un investissement agréé tient lieu de consentement. Autrement dit, selon la majorité, le seul assujettissement de la société ABCI aux dispositions du Code des investissements, par l'effet de l'agrément qui lui a été délivré, a pu parfaire le consentement à l'arbitrage. Le résultat est que l'article 20 contient virtuellement à la fois le consentement de l'Etat et le consentement de l'investisseur, ou pour utiliser une image de la Demanderesse que « *la loi interne peut former le réceptacle tant du consentement de l'investisseur que du consentement de l'Etat* »⁴.
6. Même les auteurs qui acceptent une interprétation aussi laxiste de la nécessité du consentement comme pouvant être basé sur la seule demande d'agrément, estiment que cette demande doit à tout le moins se référer expressément au mode de règlement auquel l'investisseur potentiel consent :

*« The host State's legislation containing the offer of consent may prescribe certain conditions, time limits or formalities for the acceptance by the investor. In a number of investment laws, the investor's consent is linked to the process of obtaining an investment authorization. The choice of one of several methods for dispute settlement offered by the legislation ... must be stated expressly in the application for the investment authorization »*⁵.

Rien de tel en l'espèce dans la lettre extrêmement générale demandant qu'ABCI puisse investir dans la BFT.

⁴ Mémoire en Réplique, § 334.

⁵ Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, 1ère édition, 2001, § 280, p. 208, Pièce C-LA-113. C'est nous qui soulignons. On peut noter que la 2ème édition, 2009, §§ 422 et ss, pp. 204-205, Pièce C-LA-168, est un peu moins catégorique, puisque l'expression « *must be stated expressly* » est remplacée par « *may have to be stated expressly* ».

7. Une telle solution va bien au-delà du cas d'espèce relatif à la loi tunisienne et signifie que chaque fois qu'un Etat prévoit un agrément pour les investisseurs étrangers, et offre dans une loi l'arbitrage CIRDI, il faudrait considérer que l'investisseur a *ipso facto*, du seul fait d'avoir obtenu l'agrément – qui est une manifestation de la volonté de l'Etat et pas de la sienne – indiqué sa volonté d'accepter un tel arbitrage.
8. Cela ne signifie pas qu'une demande d'agrément ne puisse jamais constituer le consentement à l'arbitrage CIRDI. Cependant, pour qu'une demande d'agrément puisse en effet constituer le consentement à l'arbitrage CIRDI, il convient que deux conditions soient remplies : d'une part qu'il soit clair que cette possibilité est ouverte par la loi ou le traité bilatéral ; d'autre part, et surtout, que le choix d'une instance arbitrale soit explicite, si plusieurs instances sont prévues⁶. On peut ici donner un exemple d'une telle situation, dont il apparaît facilement qu'elle est fort différente de celle de la présente affaire. Le Code des investissements de la Côte d'Ivoire en date du 8 novembre 1984 ouvrait la possibilité d'une telle interprétation pour les investissements agréés⁷. Il faut cependant noter que l'agrément n'était pas requis pour qu'un investissement puisse bénéficier des protections du Code, mais était nécessaire si l'investisseur souhaitait obtenir des garanties supplémentaires en tant qu'entreprise prioritaire. L'article 10 contient les précisions suivantes :

« Le consentement des parties à la compétence du CIRDI ou du Mécanisme supplémentaire, selon le cas, requis par les instruments les régissant, est constitué en ce qui concerne la République de Côte d'Ivoire par le présent article et en ce qui concerne la personne concernée est exprimée **expressément** dans la demande d'agrément »⁸.

Cet article est cité par Christopher Schreuer, qui ajoute⁹ :

« *Similar provisions may be found in the respective legislation of Cameroon, the Central African Republic, Mauritania and Zaire ... They all require an express choice of method by the investor. This would indicate that the mere submission of an application for an investment licence without any reference to the ICSID Convention, would not suffice. In order to perfect a consent to ICSID jurisdiction, the investor must explicitly select the Centre* ».

⁶ On peut noter ici que l'article 20 se réfère d'une part à la compétence du CIRDI, mais également à la compétence des instances prévues par les TBIs de la Tunisie : or ceux-ci prévoient dans certains cas des arbitrages CCI ou UNCITRAL.

⁷ Cette loi a été remplacée par une loi du 3 août 1995, dont l'article 24 conserve un texte similaire relatif aux modalités d'expression du consentement de l'investisseur.

⁸ C'est nous qui soulignons.

⁹ *Idem*. C'est nous qui soulignons. On peut noter que la phrase soulignée se retrouve à l'identique dans la deuxième édition de l'ouvrage de Schreuer, mentionné à la note 5.

2. Le fait que l'offre d'arbitrage de l'Etat soit contenue dans une loi – et non un TBI – ne dispense pas l'investisseur de donner un consentement autonome

9. La théorie généralement admise selon laquelle les dispositions des lois nationales qui contiennent une offre d'arbitrage de la part de l'Etat appellent une acceptation de cette offre par l'investisseur est balayée par la majorité, suivant en cela la thèse ainsi élaborée par ABCI :

« On voit bien, dans ces conditions, que l'article 20 du Code des investissements constitue beaucoup plus qu'une simple offre – laquelle, selon les vues admises, serait toujours susceptible de rétractation tant qu'il n'y aurait pas d'acceptation. Cette disposition, par son caractère impératif, énonce un engagement que prend publiquement et solennellement la République tunisienne, dans le cadre d'une politique d'encouragement aux investissements. Cet engagement, la République tunisienne le prend unilatéralement et irrévocablement – et il suffit de le constater pour comprendre que l'on s'éloigne ici de la théorie de l'offre »¹⁰.

La thèse sous-jacente est donc qu'une fois une offre d'arbitrage effectuée par l'Etat dans une loi, celui-ci ne pourra JAMAIS la retirer, même si elle n'a pas été acceptée, ce qui paraît tout de même une limitation excessive de la souveraineté législative.

10. La majorité rejette la nécessité d'un consentement autonome de l'investisseur, tel que rappelée dans l'affaire *AMT*, qui mettait en cause un TBI, en présentant une hypothétique distinction entre une offre d'arbitrage contenue dans un TBI et une offre d'arbitrage contenue dans une loi :

*« A ce stade, il est important de prendre en compte que, s'agissant d'une offre d'arbitrage contenue dans la législation nationale d'un Etat, son acceptation peut prendre une forme distincte de celle normalement suivie dans le contexte d'un traité auquel l'investisseur n'est pas partie directe. On peut bien comprendre que dans le cas d'un TBI, comme dans l'affaire *AMT*¹¹, le consentement de l'investisseur est requis de manière indépendante de l'engagement des Etats parties au traité, soit l'Etat hôte, soit l'Etat dont l'investisseur est ressortissant. Dans une loi, par contre, le consentement de l'Etat s'inscrit dans un rapport direct avec les bénéficiaires de ses dispositions, qui pourront par l'invocation de ces bénéfices manifester leur acceptation et leur propre consentement à l'arbitrage, surtout si cette procédure débouche sur un agrément de cet Etat et sa confirmation expresse »¹².*

Bien que ce passage ne me paraisse pas très clair¹³, la majorité du Tribunal semble rejeter l'idée qu'un investisseur invoquant une offre d'arbitrage contenue dans une loi doive donner un

¹⁰ Réplique, § 339. Les citations des écritures des Parties et de la Décision sur la compétence sont présentées dans cette opinion en italiques.

¹¹ *American Manufacturing and Trading, Inc. c. Zaïre*, Affaire CIRDI No. ARB/93/1, Sentence, 21 février 1997.

¹² Décision, § 119.

¹³ Ni dans le passage cité du § 119, ni dans sa forme répétée au § 132 : « *Les conclusions exprimées ci-dessus confirment que, comme il a déjà été mentionné, il y a des différences importantes entre le consentement qui repose sur la base d'une loi sur les investissements et celui qui provient d'un traité. On peut bien comprendre que dans le cas d'un TBI le consentement de l'investisseur devra être requis de manière indépendante de l'engagement des Etats parties au traité. Dans une loi, par contre, le consentement de l'Etat s'inscrit dans un rapport direct avec les bénéficiaires de ses dispositions* ».

consentement indépendant et distinct de celui de l'Etat, contrairement à ce qui se passe avec les TBI. La Décision se base pour arriver à une telle conclusion sur le fait que l'investisseur n'est pas partie au traité, mais il ne me semble pas non plus partie prenante à la loi. Il m'apparaît que sur ce point la majorité présente une analyse tout à fait inédite selon laquelle lorsque l'offre d'arbitrage est incluse dans une loi nationale, tout investisseur bénéficiant de cette loi est présumé avoir donné son consentement dès lors qu'en tant qu'investisseur agréé, il peut invoquer la loi.

11. Personnellement, il me semble que l'analyse claire et didactique présentée dans l'affaire *AMT*, à propos d'une offre d'arbitrage de l'Etat contenue dans un TBI, est parfaitement transposable – je dirais même plus, doit être transposée – à une offre d'arbitrage contenue dans une loi nationale. Ce raisonnement peut être brièvement rappelé.
12. *SINZA* était une société zairoise, possédée à 94% par *AMT*, American Manufacturing & Trading Inc., une société américaine. L'usine de *SINZA* a été pillée à deux reprises par des membres des forces armées zairoises. *AMT* a commencé un arbitrage CIRDI, en invoquant le traité bilatéral de protection des investissements entre les Etats-Unis et le Zaïre, pour obtenir réparation du préjudice subi. Il n'existait aucune relation contractuelle entre *AMT* et le Zaïre et le tribunal a donc longuement explicité¹⁴ comment fonctionnait la rencontre des consentements, en présence d'une offre d'arbitrage de l'Etat, contenue en l'espèce dans l'article VII-2 (a) du TBI, qui disposait :

« 2. (a) Each Party hereby consents to submit investment disputes to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (Centre) for settlement by conciliation or binding arbitration ».

13. Le tribunal a alors présenté un raisonnement en trois étapes.
14. Premièrement, il a rappelé que **le consentement donné par l'Etat ne crée aucune obligation pour son ressortissant**, qu'il s'agisse d'une personne physique ou morale :

« ... does the consent of the United States create an obligation for its national? Should there not be, in addition to that consent, also the consent by AMT itself relating to a specific dispute? Can the United States impose upon its national the passage of consent to ICSID? Or, better still, in the absence of AMT's consent, will the Treaty signed by the United States of America and Zaire suffice to take its place? The Tribunal holds that this question must be answered by the negative »¹⁵.

¹⁴ Ce n'était que la deuxième affaire portée devant un tribunal CIRDI sur la base d'un TBI, après l'affaire *AALP*, dans laquelle le défendeur n'avait pas objecté à la compétence du tribunal et où, par conséquent, aucune discussion n'avait eu lieu sur la façon dont les consentements s'étaient rencontrés.

¹⁵ *Yearbook Comm. Arb'n*, 1997, p. 66.

15. Deuxièmement, **le consentement de l'Etat doit être considéré comme donné dans le TBI**, aussi longtemps que celui-ci est en vigueur. En signant le TBI, les deux Etats « *have thus, each on its part, accepted the competence of ICSID to be eventually proceeded against by a national of the other co-contracting State* »¹⁶.
16. Troisièmement, **le consentement de l'Etat ne crée aucune obligation pour l'investisseur de l'autre Etat**, et un accord entre l'Etat et l'investisseur est requis, la rencontre de volontés nécessitant un consentement spécifique de ce dernier : « ... *it cannot be contended that consent of the parties to come before ICSID simply results from a pre-existing agreement by the United States and Zaire. It is therefore necessary to show that there has also been an agreement between the parties ...* »¹⁷. En l'espèce, le consentement non équivoque d'AMT a été considéré donné par la présentation de la Requête d'arbitrage.
17. En d'autres termes, les Etats en acceptant d'être soumis à l'arbitrage CIRDI ne prennent – et ne peuvent prendre – aucune position sur le consentement de l'investisseur. Le raisonnement suivi dans cette affaire est parfaitement transposable à la nôtre avec cette différence que l'offre contenue dans une loi peut être retirée unilatéralement par l'Etat avant d'avoir été acceptée, alors que le retrait d'une offre non acceptée faite dans un traité exige l'entente des deux Etats parties au traité. Mais pour le reste, le mécanisme de création de la rencontre des consentements est le même et je ne peux souscrire à la distinction inédite introduite dans la Décision.
18. En outre, l'acceptation par la majorité du Tribunal qu'une simple demande d'agrément **en 1982** puisse être considérée comme une acceptation d'une offre d'arbitrage apparaît quelque peu « anachronique », car à cette époque la jurisprudence n'avait pas encore parlé de ce qui a été qualifié d' « *arbitration without privity* »¹⁸. La position de la majorité me semble particulièrement difficile à admettre, lorsque l'on sait que ce n'est qu'**en 1988** que, pour la première fois, une sentence a reconnu que les consentements à l'arbitrage pouvaient être disjoints et que le consentement pouvait être donné unilatéralement par l'Etat dans une loi nationale¹⁹. Cela ne signifie pas, bien entendu, que cette possibilité n'existait pas avant qu'elle ne soit exprimée par la jurisprudence, mais indique à tout le moins que les investisseurs ne devaient guère être conscients de cette possibilité et du fait qu'il pouvaient donner un consentement distinct de celui donné dans

¹⁶ *Id.*, p. 67.

¹⁷ *Id.*, pp. 67-68.

¹⁸ Jan Paulsson, « Arbitration Without Privity », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 2, n°2, 1995, pp. 232-257.

¹⁹ *Southern Pacific Properties Ltd v. Arab Republic of Egypt*, Affaire CIRDI No. ARB/84/3, Décision sur la compétence, 14 avril 1988, *Yearbook Comm. Arb'n*, vol. 16, 1991, pp. 16-40.

une clause ou un compromis d'arbitrage. Il me semble difficile d'admettre qu'un consentement à l'arbitrage puisse être donné sans même avoir conscience d'effectuer une telle démarche.

II. Une appréciation différente des faits de l'affaire

1. Un rappel des positions des Parties

19. Ces positions ont été résumées de la façon suivante dans la Décision :

« Pour la Défenderesse, il est nécessaire de rechercher un document indiquant clairement et par écrit que la société ABCI a accepté l'offre d'arbitrage contenue à l'article 20 de la Loi de 1969, document qui, selon elle, ne se trouve pas au dossier, ni ailleurs. Pour la Demanderesse, il est nécessaire de prendre en considération l'ensemble des démarches et des échanges de correspondance, ainsi que d'autres documents intervenus lors de la réalisation de son investissement, qui démontrent qu'en effet son consentement a été donné »²⁰.

20. Quelques éléments supplémentaires peuvent illustrer la position de la Demanderesse²¹.

21. Dans la **Requête d'arbitrage**, ABCI insiste – de façon quelque que peu superfétatoire voire contradictoire – sur le fait que d'une part de nombreux documents manifesteraient son consentement, et que d'autre part celui-ci doit être déduit du seul fait de l'exécution d'un investissement auquel s'applique l'article 20, qui inclurait à la fois le consentement de l'Etat et celui de l'investisseur, tout en ajoutant que tous ces éléments de consentement sont confirmés par le dépôt d'une Requête d'arbitrage. Quelques passages pertinents peuvent être cités :

« L'accord écrit bilatéral obligeant les deux parties à recourir à un arbitrage CIRDI est enregistré et confirmé en des termes contractuels spécifiques découlant de l'échange entre les parties de plusieurs documents écrits ...

...

Le consentement de la société ABCI a été confirmé et ratifié du fait de son dépôt de la requête en arbitrage »²².

« Par le simple fait d'investir, la société ABCI a consenti ... à l'arbitrage CIRDI »²³.

« ... l'article 20 de la loi de 1969 ... contient également l'accord des deux parties pour faire de l'arbitrage CIRDI la voie de recours obligatoire »²⁴.

« ... l'article 20 de la loi de 1969 ... a pour effet d'établir le consentement exprès de l'Etat tunisien, à l'arbitrage CIRDI ainsi que celui de l'investisseur étranger, dont

²⁰ Décision, § 91.

²¹ Dans la mesure où c'est à la Demanderesse qu'incombe la charge de la preuve de l'existence de la compétence du Tribunal, il ne m'a pas paru indispensable de développer les arguments de la Défenderesse, afin de ne pas alourdir cette longue opinion dissidente.

²² Requête d'arbitrage, § 28 g) et h).

²³ *Id.*, § 29.

²⁴ *Id.*, § 31. Souligné dans la Requête.

l'accord doit être déduit de sa réalisation d'un investissement étranger dans le cadre de cette loi »²⁵.

22. Il est également pertinent de noter qu'il y a de nombreux documents écrits invoqués par la société ABCI, comme témoignant de son consentement à l'arbitrage CIRDI. Il n'est cependant pas parfaitement évident de savoir quel est le document manifestant son consentement sur lequel se fonde ABCI dans sa Requête, sauf à indiquer que ce ne sont en tout cas pas les documents retenus par le Tribunal. Deux documents semblent centraux dans la Requête : la pièce C-30 et la pièce C-38.

23. Tout d'abord, la Demanderesse indique avoir accepté l'offre d'arbitrage de l'Etat dans une lettre du 20 octobre 1986 (C-38) :

« A la suite du consentement écrit de l'Etat tunisien et de son acceptation de la compétence du CIRDI en application de l'article 20 de la loi de 1969 relative à l'investissement, la société ABCI a formellement accepté par écrit la compétence du CIRDI dans une correspondance envoyée le 20 octobre 1986 et reçue, avec accusé de réception, par le Ministère tunisien du Plan et des Finances et la BCT et énumérant les conditions et garanties convenues entre les parties au sujet de l'investissement de la requérante »²⁶.

24. Cette acceptation répondait, selon la Demanderesse, à une confirmation de l'offre de l'Etat dans un procès-verbal de 1984 (C-30):

*« En réponse aux demandes de la société ABCI, l'Etat tunisien, par son procès-verbal du 7 juin 1984, a consigné, son consentement et la confirmation de son offre de recours à l'arbitrage CIRDI, à la société ABCI.
La note attachée à la lettre de la société ABCI du 20 octobre 1986 consigne le consentement de la société ABCI à l'arbitrage CIRDI (v. Pièce C-38) en tant que mode de règlement des différends pour résoudre tout litige susceptible de survenir entre la société ABCI et l'Etat tunisien »²⁷.*

25. Dans le dernier paragraphe de la Requête consacré à la compétence du Tribunal en vertu de la loi sur les investissements de 1969, ABCI reprend les deux mêmes documents, tout en ajoutant que son consentement a été réitéré dans un télex de 1990 (C-411) :

« L'échange d'écrits faisant référence à l'arbitrage CIRDI entre la société ABCI et l'Etat tunisien, est l'expression d'un accord spécifique ... conclu par le consentement de la Tunisie dans son procès-verbal de 1984 et par la réception par l'Etat tunisien de la correspondance de la société ABCI de 1986, réitérée en 1990 ... »²⁸.

²⁵ *Id.*, § 32.

²⁶ *Id.*, § 45.

²⁷ *Id.* § 45. C'est nous qui soulignons.

²⁸ *Id.*, § 49.

26. Il peut d'ores et déjà être noté que la société ABCI n'a pas invoqué dans sa Requête les documents de 1982 sur la base desquels le Tribunal a fondé sa compétence comme source de son acceptation de la compétence du CIRDI, invoquant des documents datant de 1984, 1986 et 1990.

27. Dans le **Contre Mémoire sur la compétence**, la Demanderesse modifie quelque peu son approche et invoque essentiellement le consentement inhérent à la demande d'agrément :

« L'investisseur qui introduit une demande d'agrément donne ainsi son consentement à la compétence du centre prévu par la loi conformément à laquelle la demande est formulée. Au plus tard une fois l'investissement réalisé conformément à l'agrément, ce consentement est irrévocablement acquis, au sens de la Convention de Washington. Il en résulte que la procédure d'agrément mise en place par les autorités tunisiennes a eu pour effet, en droit, de faire irrévocablement bénéficier la société ABCI, investisseur agréé, du droit de saisir le CIRDI pour les litiges relatifs à son investissement »²⁹.

28. ABCI ajoute que si cette analyse ne paraît pas convaincante au Tribunal, d'autres documents prouvent l'accord donné par l'investisseur à l'arbitrage CIRDI : et d'indiquer que « (p)ar courrier en date du 20 octobre 1986 adressé au Ministre du plan et des finances, le Président de la société ABCI a ensuite transmis deux 'notes de synthèse' figeant par écrit sa position »³⁰ (c'est la pièce C-38), et d'ajouter :

« Il n'y a dans cette lettre (écrite) du 20 octobre 1986 aucune hésitation possible quant à la volonté de la société ABCI de bénéficier de l'arbitrage CIRDI. ... Prétendre aujourd'hui que la société ABCI n'a pas manifesté par écrit la volonté d'accepter l'arbitrage CIRDI avant 1993 en présence d'une lettre de 1986 précisant que la société ABCI réclame la garantie de la saisine unilatérale des Tribunaux CIRDI est proprement stupéfiant »³¹.

29. Une mention accessoire est également faite de la pièce C-30, qui confirme « *expressément que la République tunisienne garantit à la société ABCI le bénéfice de l'article 20 de la Loi de 1969 portant Code des investissements* »³². Ce sont donc aux deux mêmes documents de 1986 et 1984 que ceux évoqués dans la Requête que se réfère ABCI, pour confirmer la compétence du Tribunal.

30. Dans le **Mémoire en Réplique**, l'acceptation de l'arbitrage CIRDI par l'investisseur est, comme dans le Contre Mémoire, considérée comme résultant de façon inhérente de l'agrément donné par la Tunisie (C-16):

« La délivrance de l'agrément ouvre droit au bénéfice de tous les avantages et de toutes les garanties prévus par les textes pertinents. Dans le cas du Code des investissements de 1969, il s'agit avant tout des garanties juridiques prévues par les articles 1 à 6, par le Titre IV (Garantie de transfert) et par le Titre V (Dispositions générales). Et, parmi les

²⁹ Contre Mémoire, § 260.

³⁰ *Id.*, § 266.

³¹ *Id.*, § 271.

³² *Id.*, § 278.

garanties que prévoit le Titre V figure la garantie juridictionnelle de l'Article 20, qui permet à l'investisseur étranger - et seulement à l'investisseur étranger - de recourir à la conciliation ou à l'arbitrage CIRDI en cas de différend avec le Gouvernement tunisien »³³.

31. ABCI ne semble cependant pas convaincue elle-même de ce que l'agrément par l'Etat vaille consentement de l'investisseur, et poursuit sa présentation en invoquant différents documents constituant des « *éléments de corroboration* » de ce consentement, dont la pièce C-30.
32. On constate de cette présentation, que, fort justement, la société demanderesse ne se fonde pas principalement sur le dépôt de la Requête d'arbitrage de 2003, sachant pertinemment que celle-ci ne pouvait accepter une offre qui n'existait plus sous l'empire de la loi de 1993.

2. Un examen des documents retenus par la majorité pour fonder la compétence du Tribunal

33. L'article 20 de la Loi de 1969 dispose :

« Tout différend entre l'investisseur étranger et le Gouvernement, résultant du fait de l'investisseur ou d'une mesure prise par le Gouvernement à l'encontre de celui-ci sera réglé conformément aux procédures d'arbitrage et de conciliation.

Ces procédures sont celles prévues :

- *Soit dans le cadre des accords bilatéraux de protection des investissements conclus entre la Tunisie et l'État dont l'investisseur est ressortissant.*
- *Soit dans le cadre de la Convention Internationale pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, convention ratifiée par la loi N° 66-33 du 3 mai 1966 ».*

34. La majorité semble attacher de l'importance pour son analyse de l'article 20 au fait que « *(i)l faut remarquer dans le cas de cet article qu'une acceptation de l'offre ne donne pas naissance seulement à un droit de l'investisseur d'agir contre l'Etat, comme c'est normalement le cas, mais donne aussi à l'Etat le droit de recourir à l'arbitrage à l'encontre de l'investisseur. Le consentement qui se forme à partir de l'acceptation de l'offre d'arbitrage donne naissance par conséquence à des droits réciproques pour chaque partie* »³⁴. Personnellement, je ne vois pas en quoi cela change les paramètres du raisonnement : la nécessité d'un consentement propre de l'investisseur existe qu'il s'agisse pour lui de poursuivre l'Etat et *a fortiori* qu'il s'agisse pour lui d'accepter que l'Etat le poursuive devant un tribunal CIRDI.

35. Le consentement retenu par mes collègues est pour ainsi dire **un consentement implicite**, c'est-à-dire non explicite mais déduit d'un comportement de l'investisseur au cours du processus de réalisation de l'investissement, dont lui-même – il convient de le noter – n'avait pas saisi la portée,

³³ Mémoire en Réplique, § 291. Souligné dans le Mémoire en Réplique.

³⁴ Décision, § 113.

comportement qui s'est traduit notamment par un échange de courrier avec le Ministère des Finances. C'est de fait de l'ensemble du dossier que la majorité dégage le consentement de l'investisseur, comme cela est clairement indiqué dans la Décision :

*« Le Tribunal remarque que la Convention de Washington n'établit pas une manière unique pour exprimer le consentement des parties. Ceci permet de **rechercher l'expression de ce consentement dans les différents éléments qui interviennent** dans la rencontre de volontés qui conduisent à un arbitrage. Si, comme la Défenderesse le prétend, on cherche **un document qui mentionne « l'investisseur accepte votre offre d'avoir recours à l'arbitrage CIRDI »**, on ne le trouve pas sous cette forme. Toutefois, il existe dans cette affaire **de nombreux documents utiles à la recherche de la volonté des parties**. C'est l'exercice auquel le Tribunal doit se livrer »³⁵.*

36. Rappelons le passage central de la Décision concernant le consentement d'ABCI :

*« En l'espèce, **bien qu'une lettre formelle n'existe pas**, tous les éléments nécessaires pour établir que la volonté de l'investisseur d'accepter l'offre d'arbitrage a été manifestée de manière convaincante, sont réunis. La Demanderesse soutient que le seul fait de demander les bénéfices de la Loi de 1969 et l'agrément suffit à manifester le consentement de l'investisseur à la garantie juridictionnelle contenue à l'article 20, sans que d'autres démarches soient nécessaires. Même si cette affirmation ne peut être exclue, en l'espèce la séquence de la correspondance échangée entre les parties indique que tant l'investisseur que le Gouvernement ont consenti aux garanties juridictionnelles envisagées par la Loi de 1969. **En effet, l'investisseur a demandé de manière réitérée ces garanties, notamment dans sa lettre du 15 avril 1982³⁶, et le Gouvernement a donné son agrément exprès en date du 23 avril 1982³⁷. Cette dernière date est par conséquent la date du consentement à l'arbitrage.** Cet échange a aussi consacré l'engagement réciproque des parties, à savoir pour ABCI de matérialiser son investissement et pour le Gouvernement de protéger l'investissement sur la base des garanties offertes dans le cadre de la Loi de 1969. L'offre contenue dans la Loi, suivie de la demande de garanties et l'agrément ultérieur du Gouvernement, constituent l'expression du consentement réciproque, que le Tribunal doit retenir »³⁸.*

37. Le Tribunal reconnaît donc qu'aucun document formel n'existe, mais qu'il lui est loisible de reconstruire un consentement à partir d'un certain nombre d'éléments permettant d'interpréter la volonté des Parties. Plus précisément, selon la majorité, le consentement de l'investisseur viendrait d'un échange de lettres en 1982, l'une adressée par l'investisseur au Ministre du Plan et des Finances (C-15), l'autre étant la réponse envoyée au Prince saoudien (C-16). Il me paraît nécessaire de reproduire intégralement en annexe ces deux lettres qui de l'avis de la majorité constituent l'acceptation claire par ABCI d'une offre d'arbitrage CIRDI contenue à l'article 20 de la loi de 1969. Personnellement, je ne parviens pas à trouver, directement ou indirectement, dans cet échange de correspondance centrée sur une demande générale par ABCI de garantie de son investissement, et surtout d'une garantie de re-transfert et d'exportation de ses profits, **sans**

³⁵ Décision, § 92. C'est nous qui soulignons.

³⁶ Lettre de la société ABCI au Ministre du Plan et des Finances en date du 15 avril 1982, Pièce C-15.

³⁷ Lettre du Ministère tunisien du Plan et des Finances à la société ABCI en date du 23 avril 1982, Pièce C-16.

³⁸ Décision, §§ 115-116. C'est nous qui soulignons.

aucune mention d'une quelconque procédure de règlement des différends, ni même de la loi de 1969, une acceptation claire par ABCI de l'offre d'arbitrage CIRDI contenue à l'article 20 de la loi sur les investissements de 1969. En particulier dans la lettre d'ABCI, l'investisseur présente au Ministre ce qu'il qualifie de « *our suggestions and requests* ». Parmi ces demandes, figure la demande d'une « *confirmation of the Guarantee of our investment and the Guarantee of its re-transfer* ». Au risque de me répéter, je ne parviens pas à voir dans une telle requête une acceptation par l'investisseur de l'arbitrage CIRDI offert aux investisseurs étrangers dans la loi de 1969.

38. Le moins que l'on puisse dire c'est que l'investisseur lui-même ne semblait guère conscient d'avoir donné son consentement à l'arbitrage CIRDI, puisqu'en 1990 par exemple dans un télex de M. Watson, alors Président d'ABCI, il demande à bénéficier du traité bilatéral de protection des investissements britanniques, pour pouvoir initier une affaire devant le CIRDI : si ABCI avait déjà donné son consentement à l'arbitrage CIRDI, quel besoin cet investisseur avait-il de la protection du BIT et de sa clause de règlement des différends ? La majorité a donc trouvé un consentement là où l'investisseur lui-même, à l'époque où il a soi-disant donné ce consentement, n'était pas conscient d'avoir effectué une telle démarche. Mais la majorité estime que les incertitudes de l'investisseur quant à son consentement ne sont pas un obstacle à ce que le Tribunal conclue qu'un tel consentement a bel et bien été donné :

« Le fait que l'investisseur ait manifesté parfois des incertitudes quant à son droit d'avoir recours à l'arbitrage CIRDI en réitérant les demandes des garanties dans le temps, ne fait pas obstacle à la conclusion du Tribunal que le consentement a été parfait à la date indiquée »³⁹.

39. En d'autres termes, bien que la société ABCI ne sache pas qu'elle a donné son consentement, les faits tels qu'interprétés par la majorité aboutissent à la conclusion que ce consentement a été donné de façon claire et certaine.
40. La majorité cependant a exprimé elle-même des doutes sur la portée de son analyse, sans pour autant la remettre en cause.
41. D'une part en effet, selon la majorité, il n'y a aucune certitude que l'agrément ait véritablement été demandé :

« Le Tribunal doit s'interroger maintenant sur la question de savoir si un agrément a été demandé et octroyé en ce qui concerne cet investissement. Le Tribunal a examiné précédemment les preuves qui indiquent que cette demande était bien envisagée par la BFT et par l'investisseur. Dans ce contexte, il est vraisemblable que l'agrément ait été en fait demandé, même si l'on ne retrouve pas un document l'établissant de manière

³⁹ *Id.*, § 118.

formelle. La Défenderesse a proposé en cours d'audience d'introduire un document qui décrit la procédure de demande d'agrément du Gouvernement tunisien. Cette proposition n'a pas été acceptée par le Tribunal en raison des limites de temps établies pour la soumission des preuves écrites. Toutefois, même si une procédure formelle n'a pas été suivie, la requête d'agrément peut être reconnue valable dans le contexte particulier de cette affaire. L'ensemble des documents disponibles permet d'établir que la demande d'agrément a été faite et a reçu une réponse favorable de la part du Gouvernement. La lettre de l'investisseur en date du 15 avril 1982 mentionnée plus haut⁴⁰ ne peut se concevoir que comme une manifestation de la demande d'agrément »⁴¹.

42. D'autre part, toujours selon la majorité, il n'y a aucune certitude que l'agrément ait véritablement été donné, car il y a des interrogations sur la nature de l'agrément : « *La question de savoir si l'agrément ou l'accord était provisoire ou définitif a aussi fait l'objet d'un débat* »⁴². Pour résoudre cette question, la majorité me semble procéder à un raisonnement inversé. Selon la Décision, « *(t)out indique qu'après de longues négociations, le transfert de fonds ne pouvait être fait que si l'engagement du Gouvernement était ferme et non provisoire car, dans le cas contraire, il y avait des risques que l'investisseur voulait précisément éviter* »⁴³. C'est ignorer la réalité des faits contenus dans le dossier et en particulier d'un fait incontesté qui me semble pouvoir contredire la conclusion hâtive de la majorité. Le fait non contesté est que la société ABCI a transféré les fonds le 28 juillet 1982. Or dès le 29 juillet 1982, c'est-à-dire dès le lendemain du transfert des fonds, M. Bouden était informé par télex par M. Hassen Riahi (PDG de la BFT) que « *la souscription et la libération de la participation de l'Arab Business Consortium au capital de la Banque franco-tunisienne ne seront prises en considération qu'après agrément de l'opération par les autorités* »⁴⁴. De plus, par une lettre du 8 novembre 1982, adressée par la Banque centrale de Tunisie à ABCI, il est clairement indiqué qu'une lettre du 25 avril 1982 et l'accord de la Banque centrale du 2 juillet 1982 ne sont que des accords de principe et qu'il convient de réaliser certaines conditions avant l'obtention des accords définitifs. Il me paraît donc plus que rapide de déduire du fait matériel du transfert des fonds que ceux-ci avaient reçus les agréments adéquats. Le blocage immédiat de ces fonds en attente d'un agrément définitif ferait plutôt pencher le raisonnement en sens inverse.

43. En conclusion, je ne peux souscrire à l'analyse selon laquelle la rencontre d'une demande d'agrément, dont on n'est pas sûr qu'elle ait été demandée mais surtout qui ne contient aucune référence ni à la loi de 1969, ni à l'arbitrage CIRDI, et d'un agrément dont on n'est pas sûr qu'il ait été donné mais surtout qui ne contient aucune référence ni à la loi de 1969, ni à l'arbitrage

⁴⁰ Pièce C-15.

⁴¹ Décision, § 108. C'est nous qui soulignons.

⁴² *Id.*, § 111.

⁴³ *Id.*

⁴⁴ Télex de la BFT en date du 29 juillet 1982, Pièce C-20.

CIRDI, puisse constituer un consentement par l'investisseur à l'arbitrage CIRDI offert aux investisseurs étrangers par la Tunisie parmi d'autres recours internationaux.

3. Une analyse des différents documents invoqués pour corroborer l'existence de la compétence du Tribunal

44. Les conseils d'ABCI semblaient eux-mêmes conscients de la fragilité de la thèse voyant dans la demande et l'octroi de l'agrément un consentement écrit explicite de l'acceptation par ABCI de la compétence du CIRDI, puisqu'ils présentent toute une série de documents écrits s'étalant de 1982 à 2003 censés contenir l'introuvable consentement d'ABCI. Notons en tous cas qu'ABCI n'a JAMAIS invoqué directement l'article 20 du Code de 1969, dans un document émanant d'elle, avant le dépôt de sa Requête.
45. Le premier document dans lequel pourrait être trouvé un consentement d'ABCI est la **Requête d'arbitrage** du 29 décembre 2003, mais évidemment cette manifestation de consentement ne pouvait rencontrer le consentement de l'Etat contenu dans la loi de 1969, abrogée depuis une dizaine d'années. Certes, il n'est plus contesté que le dépôt d'une requête d'arbitrage suffit à manifester le consentement de l'investisseur, mais pour qu'il y ait rencontre des consentements, il faut qu'il y ait une offre en vigueur de l'Etat. L'existence factuelle de cette offre contenue dans une législation nationale ne peut s'apprécier qu'en vertu du droit national. Or, il n'est pas contesté que la loi de 1993 a expressément abrogé la loi de 1969, y compris son offre d'arbitrage. Cette première base de compétence est donc inutilisable pour des raisons *ratione temporis* : l'acceptation ne peut sortir d'effet, car elle ne peut rencontrer une offre de l'Etat qui a été retirée depuis une dizaine d'années, analyse sur laquelle je rejoins donc la position adoptée dans la Décision.
46. Le second document est la **Pièce C-38**. Il s'agit là d'une lettre du 20 octobre 1986 adressée par M. Bouden au Ministre du Plan et des Finances, dont l'objet est d'essayer de régler le différend résultant du gel des avoirs du Groupe ABCI, dont l'extrait suivant est pertinent :

« Ayant trouvé une détermination sincère de trancher définitivement et avec courage ces problèmes en suspens, ainsi et comme prévu, j'ai l'honneur de vous adresser deux **notes de synthèses** ...

...

2°/ Note sur **les garanties** et statut de l'investissement ABCI en Tunisie par sa participation à la BFT

...

Comme convenu, ces notes, ainsi que l'ensemble des dossiers seront soumis à une commission, réunissant toutes les parties concernées ... afin de trouver une solution –

amiable – à toutes ces questions ... pour pouvoir concrétiser – **si les solutions sont acceptées par les parties** – le règlement définitif au plus tard le 31. 12.1986 ... »⁴⁵.

47. Autrement dit, il s'agit de simples notes en cours de négociations en vue de régler un différend, qui n'ont rien de définitif, dans lesquelles des demandes sont présentées. Il me paraît audacieux d'assimiler des notes de synthèse contenant des demandes générales de garanties en cours de négociation à un consentement à l'arbitrage CIRDI.
48. Les demandes contenues dans ces notes de synthèse sont nombreuses. Parmi celles-ci, on relève une demande de « (g)arantie que la BFT ne sera en aucun cas soumise à une tutelle directe ou indirecte, à contrôle ou inspection, entre autre, à cause d'une participation directe ou indirecte de l'Etat » (paragraphe 44) ou encore de « (g)arantie de non prononciation ou mise en faillite ... à ABCI, aux sociétés du groupe ABCI, à ses actionnaires ou administrateurs ou gestionnaires pour leurs actes d'administration, de gestion, de direction ou de responsabilité au sein de la BFT ... » (paragraphe 57). Celles qui impliquent le CIRDI – il faut le noter parmi d'autres mécanismes d'arbitrage internationaux – se trouvent aux paragraphes 8, 39 et 60 et peuvent être intégralement citées, sachant qu'il s'agit là de demandes en cours de négociations :

Paragraphe 8 « Garantie conservatoire qu'en tous cas de non-respect – pour quelque raison que ce soit – de la garantie contre toute expropriation ... garantie conservatoire donc, qu'aucune mesure ne pourrait et ne serait effective unilatéralement, qu'après accord définitif sur une indemnisation juste et équitable ... L'indemnisation définitive sera fixée d'un commun accord ou à défaut par arbitrage international du Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements (CIRDI) à Washington ou de la Chambre de Commerce Internationale (CCI) à Paris, ou par les tribunaux non tunisiens ».

Paragraphe 39 « Garantie d'audit et d'un rapport d'experts internationaux indépendants sur l'opération de l'entrée d'ABCI dans le capital de la BFT, de la décision d'augmentation de capital prise par l'Assemblée Générale Extraordinaire de la BFT du 18 juin 1981 ... et détermination des responsabilités et règlement définitif du différend, conformément à l'avis de l'audit internationale (sic) indépendante ou après sa soumission à un arbitrage du Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements (CIRDI) à Washington, ou de la Chambre de Commerce Internationale (CCI) à Paris ou autre arbitrage international indépendant ... ».

Paragraphe 60 « Garantie que tout litige ou différend actuel ou futur entre actionnaires de la BFT, ou entre l'ABCI et la BFT ou entre l'ABCI et une autorité quelconque, sera soumis sans délais, ni conditions à un arbitrage international, si les parties ne font pas diligences, l'une des parties peut saisir le Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements (CIRDI) à Washington, ou à la Cour d'Arbitrage Internationale de la Chambre de Commerce Internationale (CCI) à Paris ... (L)es parties s'engagent à se soumettre et à exécuter les sentences arbitrales ou à recourir aux tribunaux de Genève ou autres tribunaux non tunisiens ... ».

⁴⁵ Lettre de la société ABCI au Ministère du Plan et des Finances en date du 20 octobre 1986, Pièce C-38. C'est nous qui soulignons.

49. Il ne fait pas de doute qu'ABCI a manifesté au moment des négociations de 1986 en vue du règlement du litige relatif à la souscription de capital, un souhait de se soustraire aux juridictions tunisiennes et d'avoir un forum international indépendant, l'un de ceux-ci pouvant être le CIRDI, mais aussi la CCI. Mais un souhait manifesté au cours d'une négociation ne peut suffire à constituer le consentement par écrit à l'arbitrage CIRDI au sens de la Convention de Washington.
50. Ce document dans lequel se trouverait le consentement à l'arbitrage n'est pas un document juridique mais un document de négociation politico-juridique ; qui plus est, si le désir de pouvoir bénéficier d'un forum international est certes manifesté, il y a bien souvent loin du désir au consentement. A mon avis, ces demandes ne peuvent pas être considérées comme donnant un consentement clair et certain à l'arbitrage CIRDI. On sait d'ailleurs que peu après un consentement d'ABCI a précisément été donné pour un arbitrage CCI, initié en 1987.
51. Le troisième document auquel il a été fait référence pour soutenir l'existence d'un consentement est la **Pièce C-30**. Cette pièce contient une lettre adressée le 24 août 1984 à M. Bouden par le Ministre des Finances faisant état des avis donnés au cours de réunions tenues au Ministère pour examiner les multiples demandes de ce dernier dans le cadre du règlement de la situation d'ABCI en 1984, résumés dans un procès-verbal en date du 7 juin 1984. Cette réunion regroupait des représentants du Premier Ministre, du Ministre des Finances, de la Banque centrale, de la STB et de la BFT, sans la présence – il faut le noter – de représentants d'ABCI. Il me paraît personnellement difficile de comprendre comment le consentement d'ABCI à l'arbitrage aurait été manifesté au cours d'une réunion à laquelle aucun de ses représentants n'a participé.
52. Par ailleurs, une analyse du document tend à montrer que ce procès-verbal réitère simplement l'offre d'arbitrage de l'Etat. Dans ce procès-verbal, en effet, à une demande générale de garanties pour son investissement, les autorités tunisiennes répondent à l'investisseur qu'il bénéficie des textes en vigueur et donc de la protection de la loi de 1969 et en particulier de son article 20, contenant l'offre étatique d'arbitrage CIRDI.
53. Il est indiqué dans ce procès-verbal que : « Se référant aux conventions conclues avec des états arabes ... Mr. Bouden demande la garantie contre toute forme d'expropriation »⁴⁶. Il lui a été répondu qu'une telle garantie n'était pas possible, que « son investissement s'insère dans un cadre juridique préexistant » et que « l'Etat ne peut se permettre de négocier avec Mr. Bouden au titre de la participation de ce dernier des conditions dérogeant à la législation en vigueur »⁴⁷. Les choses

⁴⁶ Lettre du Ministère des Finances à l'attention de la BFT en date du 24 août 1984, Pièce C-30.

⁴⁷ *Id.*

sont donc parfaitement claires et pour mettre les points sur les « i », le procès-verbal rappelle quelle est la législation en vigueur :

« Les avantages devant bénéficier à cette opération sont ceux prévus par les textes en vigueur. Dans ce cadre, l'ABCI bénéficie des garanties stipulées à l'article 20 du code des investissements et relatif au règlements des différends entre tout investisseur étranger et l'Etat Tunisien »⁴⁸.

54. Il n'y a, à mon sens, dans ce procès-verbal, rien de plus que ce qui existait auparavant, il n'y a qu'une réitération – dans un document sans valeur juridique obligatoire, on peut le noter – de l'offre antérieure de l'Etat, réitération de la part de l'Etat dans laquelle on ne peut voir aucune acceptation de l'investisseur, ce dernier ne s'étant pas référé à des garanties concernant le règlement des différends. Une simple réitération par l'Etat d'une offre d'arbitrage existante ne transforme pas celle-ci en consentement de l'investisseur.

55. Le quatrième document est un télex du 8 novembre 1990 reproduit dans la **Pièce C-411**, adressé par M. Watson au Ministre des Finances. Ce document manifeste une défiance certaine à l'égard des tribunaux tunisiens et indique la volonté d'ABCI de pouvoir bénéficier d'un accès à des tribunaux internationaux, d'où il est cependant difficile de tirer une manifestation de consentement au CIRDI :

*« Since this dispute is in effect between the private company of ABCI and the Tunisian State authorities of Central bank, Ministry of Finance and S.T.B. it is preferable that we should solve this amicably if not then it should be solved **in the International Courts** ... It is essential if the official Tunisian authorities no longer require our Investment in BFT, we should divorce amicably ... If this is not acceptable, then we repeat that we are prepared to accept the ruling of **completely independent arbitration in an International court** ... »*⁴⁹.

56. D'une part, la société ABCI par la voix de son Président n'accepte pas mais indique qu'elle est prête à accepter une cour internationale, d'autre part l'acceptation est tout à fait générique et n'a pas de spécificité suffisante pour pouvoir être considérée comme une acceptation d'un arbitrage CIRDI.

57. Quelques autres documents ont été mentionnés dans les écritures, et par souci d'exhaustivité, ils seront très brièvement mentionnés, afin de démontrer qu'aucun d'entre eux ne peut pallier le défaut de consentement d'ABCI à l'arbitrage CIRDI.

58. On peut tout d'abord mentionner la **Pièce C-132**, à savoir une lettre de Maître Vergès au CIRDI, en date du 22 février 1989, qui figure au dossier. Dans cette lettre, Maître Vergès se réfère

⁴⁸ *Id.*

⁴⁹ Lettre de la société ABCI au Ministre des Finances de la République tunisienne en date du 8 novembre 1990, Pièce C-411. C'est nous qui soulignons.

uniquement, comme base de compétence, au fait que « la Tunisie a ratifié la Convention de Washington le 14 octobre 1966 »⁵⁰. Il n'est guère nécessaire de rappeler qu'une telle ratification n'est pas considérée comme équivalent à un consentement à l'arbitrage CIRDI. En outre, il paraît difficile, pour ne pas dire plus, de considérer une demande de renseignement adressée au CIRDI comme un consentement à l'arbitrage adressé aux autorités tunisiennes.

59. On peut également citer la **Pièce R-24** qui cite une lettre du 2 avril 1982 dans laquelle on trouve une mention du CIRDI parmi de nombreuses autres instances internationales :

« It is clearly understood that one of the integral components of our acceptance and of this agreement is the settlement of any disputes through international arbitration by the ICC in Paris, the CIRDI in Washington and the London and Paris courts, the competence of which is said to be acceptable to all the parties who recognise that the value and evaluation of BFT is the responsibility of BFT, STB, BCT, the Ministry of Finance, and the State of Tunisia alone.

...
None of the Tunisian parties concerned and mentioned may claim to be unaware of these conditions and hence the implicit acceptance, as a determinant of this agreement, of recourse in the event of a dispute to international arbitration by CIRDI, ICC, to the jurisdictions of London and Paris, to the European Court of Human Rights, to the European Court of Justice, to the Court of the Hague, which are therefore recognised as being competent. The completion of the investment, in whatsoever form it may take, implies acceptance of these conditions and the competence of the jurisdictions referred to »⁵¹.

60. Il s'agit d'un courrier envoyé par M. Bouden à la BFT dans lequel ABCI prétend avoir « accepté » une offre de règlement international des litiges proposée par la BFT. ABCI a notamment soutenu ce point de vue devant les juges anglais pour tenter de les convaincre de leur compétence. Les juges anglais ont cependant clairement rejeté cette analyse en refusant d'admettre qu'il pouvait y avoir par cette lettre une acceptation d'une offre qui aurait été faite antérieurement :

« It is now accepted that no binding contract can have been concluded on Apr. 2, 1982, since ABCI was not then in existence ... Even so, ... (t)he provisions regarding jurisdiction are mutually inconsistent . . . What was in the Judge's view more significant was the later reference in the letter dated Apr. 2, 1982 introducing the European Court of Human Rights, the European Court of Justice and the Hague Court ... as competent ... and the language used in this part of the letter is anyway the language of offer not of acceptance »⁵².

61. Un autre document intéressant est la pièce **C-498**. Il s'agit d'un télex adressé par M. Bouden au nom d'ABCI au Premier ministre tunisien, le 30 novembre 1983. Dans ce télex, on peut lire :

« Par ailleurs, nous serions heureux et rassurés de recevoir comme il nous a été promis maintes fois des assurances et des garanties contre toute expropriation, nationalisation,

⁵⁰ Lettre de Me Vergès au secrétariat du CIRDI en date du 22 février 1989, Pièce C-132.

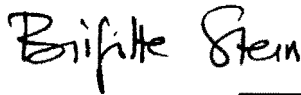
⁵¹ *ABCI v. Banque Franco-Tunisienne and Others* [2003] 2 Lloyd's Rep. 146, § 25, Pièce R-24. C'est nous qui soulignons.

⁵² *Id.*, §§ 24-26. C'est nous qui soulignons. Le juge de première instance avait décidé la même chose, *ABCI v. Banque Franco-Tunisienne and Others* [2002] 1 Lloyd's Rep. 51, § 123, Pièce R-23.

retrait de licence à la Banque, mesure de restriction ou de changement de statut ou de condition de notre investissement de notre groupe ou de nos actionnaires, de façon aggravant négativement notre position »⁵³.

62. Deux remarques ici : la première est qu'aucune mention n'est faite d'une garantie d'arbitrage international ; la seconde est, qu'à supposer même qu'une telle garantie procédurale puisse être considérée incluse dans la demande de garanties substantielles, il ressort à l'évidence de ce télex qu'ABCI n'avait pas en novembre 1983 de telles garanties.
63. En conclusion, je n'ai réussi à trouver un consentement clair de la Demanderesse à l'arbitrage CIRDI dans aucun des documents soumis par la Demanderesse, ce qui explique que je n'ai pu me rallier à la position majoritaire.
64. Bien entendu, cette analyse des questions de compétence ne préjuge en rien de mon évaluation des questions de fond, que je jugerai en toute impartialité, en partant de la Décision sur la compétence adoptée par la majorité du Tribunal.

Date : 14 février 2011.



Brigitte Stern

Annexe : Reproduction des pièces C-15 et C-16.

⁵³ Télex de la Société ABCI à l'attention du Premier Ministre tunisien, en date du 13 mars 1984, Pièce C-498.

Annexe

Voici les deux lettres qui constituent, de l'avis de la majorité, le consentement d'ABCI à l'arbitrage CIRDI :

Lettre du 15 avril 1982 adressée par Majid Bouden au Ministre du Plan et des Finances, C-15 (aucune version française n'a été soumise)

« Salutations and Respect,

During the business meeting that Mr. Zaafrane, the Director General of financing of the Ministry of Planning and Finance, together with his deputies held with me on the 14/4/1982 it was discussed the means and conditions of the investment that our Group [ABCI] is intending to make in Tunisia. Our Group [ABCI] is composed basically of His Royal Highness Prince Bandar Ben Khaled Ben Abdel Aziz Al Saud, the Eldest son of his Majesty King Khaled Ben Abdel Aziz King of the Kingdom Saudi Arabia, and the undersigned, A. Majid Bouden, tunisian non resident, as basic shareholders of the company, Arab Business Consortium International Finance and Investment Company, ABCI which is a company incorporated with a capital of US\$ Twenty Million, fully paid up and which I represent as its representative.

In my present letter, I wish to have the pleasure to remind you of the points that we discussed and **to present our suggestions and our requests** and also our application to open an office in Tunisia to allow us to monitor and manage our investment and to follow up our cooperation and these are the main points that we have raised and discussed together:

1. the terms of the authorization of the Tunisian Government to ABCI for its participation in the subscription of the Capital of Banque Franco-tunisienne BFT, following your welcoming and positive answer in this respect.

We have had discussions regarding the percentage of the said [ABCI] shareholding [in BFT's capital] which was limited to 49% or more and we believe that it is more fare (sic) for both parties and as an expression of our mutual trust, that the said shareholding be of 50% of the Capital [of BFT]. We note that if there is a possibility and an initiative from your side to encourage us, *ABCI* will than (sic) have the honor to participate [in the capital of BFT] with a higher percentage. If made, this will create a positive impact and a stronger incintive (sic) to strenghten and densify our relations, our investment, our support and our activities. We have also decided to follow the second increase of capital of the banks up to TD 10 Million expected during the 6th Five years plan [of the development of the Economy of Tunisia] as recommended by the Counsel of Ministers.

2. the Total investments of our Group [ABCI]: ABCI is intending to investment an amount of a figure between US\$ 10 to 20 Million. We undertake to invest such amounts in projects subject to feaseability studies and when agreed upon by both parties.

3. economic sectors in which the investment is to be made: His Excellency the Director General [of Financing at the Ministry of Planning and Finance] has confirmed to us [ABCI] that all economic sectors are open, without exception, to ABCI investments.

We renew, at this occasion, the expression of our trust and confidence and of our intention to cooperate in any sector without restriction or exception and of our thanks.

4. opening of an office: We discussed the possibility to open an office in Tunisia to represent our Group [ABCI] to monitor and supervise its investments, operations and interests. His Excellency Mr. the Director General of Financing confirmed the possibility available to ABCI to open such an office

and his briefed us on the facilities and incentives that will granted by the Government. Consequently, ABCI wishes from your excellency to be authorized to open a representative office which will be exempt from taxes and duties imposed on the importation of equipments necessary to run the office and to import the necessary motor vehicules and for their renewal and for the non resident employees of ABCI to benefit from the temporary importation regulations for their imported furnitures and personal motor vehicules and their exemption of the taxes on their salaries and other facilities that the Government grants to other investors of friendly and brotherly countries.

This recorded, we [ABCI] are **expecting to receive from you [the Tunisian Government] a confirmation of the Guarantee of our investment and the Guarantee of its re-transfer and of the export of its benefits** and of the products resulting from our investment and the total re-export of all the global investment and of its products in case of the selling of the investment, of its transfer or in any other cases.

Would, Your Excellency, be kind to receive the expression of our highest consideration and respect.
Majid BOUDEN [ABCI] »

(C'est nous qui soulignons)

Réponse du Ministère du Plan et des Finances à son Altesse Royale, le Prince Bandar Ibn Khaled Ibn Abdulaziz Al Saoud, du 23 avril 1984, C-16

« Votre Altesse,

Suite à vos correspondances et aux entretiens qui ont dernièrement eu lieu entre votre mandataire Monsieur Abdelmajid BOUDEN et les représentants du Ministère du Plan et des Finances, **j'ai l'honneur de vous informer que le gouvernement tunisien a donné son agrément** pour la souscription de l'Arab Business International Finance and Investment Company immatriculée aux îles CAYMAN B. W. I. dont le capital s'élève à 20 millions de dollars américains souscrits par vous-même et votre associé Monsieur Abdelmajid BOUDEN, au capital de la Banque Franco-Tunisienne à concurrence de 50% du montant de son capital. Il est entendu que la société s'engage au cas où l'état se décidait à restreindre les taux de participation des non tunisiens à des limites maximales dans le secteur des banques commerciales à céder une part de son apport à la banque au profit d'actionnaires tunisiens.

Il est évident que l'une des conditions primordiales consiste à faire en sorte qu'il n'intervienne pas d'augmentation substantielle dans le capital de l'Arab Business Consortium International Finance and Investment Company sus visée susceptible de changer la structure de son capital et de faire perdre à ses actionnaires fondateurs leur part majoritaire dans la société ou tout pouvoir de contrôle, sans l'autorisation préalable du Gouvernement tunisien.

J'ai par ailleurs accueilli avec une grande satisfaction votre détermination à contribuer à l'effort de développement en Tunisie en vous engageant à investir entre 10 et 20 millions de dollars dans des projets économiques à convenir ultérieurement.

Veillez trouver enfin, votre altesse, le témoignage de mes hommages les plus déférents.

Pour le Ministère du Plan et des Finances

Signé Muhhib Fddine Hamza »

(C'est nous qui soulignons)