

CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT
DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS

DANS LA PROCÉDURE ENTRE

ABCI INVESTMENTS N.V.

(Demanderesse)

Contre

LA RÉPUBLIQUE TUNISIENNE

(Défenderesse)

Affaire CIRDI ARB/04/12

DÉCISION SUR LA COMPÉTENCE

Membres du Tribunal

M. le Prof. Francisco Orrego-Vicuña (Président)

M. le Prof. Piero Bernardini (Arbitre)

Mme le Prof. Brigitte Stern (Arbitre)

Secrétaire du Tribunal

Mme Aurélia Antonietti

Représentants de la Demanderesse

M. Johannes Halonen
Président
ABCI Investments N.V.
et
M. le Prof. Patrick Juillard
Professeur Emérite à l'Université
Paris 1 Panthéon Sorbonne

Représentants de la Défenderesse

M. Abdelkader Zhioua
Chef du Contentieux de l'Etat
Ministère des Domaines de l'Etat et des
Affaires foncières
Direction générale du Contentieux de
l'Etat
et
Me Charles Kaplan
Me Isabelle Michou et
Me Emmanuelle Cabrol
Herbert Smith LLP

I.	INTRODUCTION.....	3
II.	PROCÉDURE	4
III.	FAITS.....	10
IV.	DÉCISION DU TRIBUNAL	16
4.1	La compétence au titre de l'article 25 de la Convention CIRDI	17
	a. Les arguments de la Défenderesse	17
	b. Les arguments de la Demanderesse	19
	c. Conclusions du Tribunal	21
4.2	La compétence au titre de la Loi tunisienne sur les investissements	25
	a. Les arguments de la Défenderesse	26
	b. Les arguments de la Demanderesse	29
	c. Conclusions du Tribunal	32
4.3	La compétence au titre du Traité Bilatéral d'Investissements entre les Pays-Bas et la Tunisie de 1998.....	49
	a. Les arguments de la Défenderesse	49
	b. Les arguments de la Demanderesse	54
	c. Les conclusions du Tribunal sur la compétence au titre du TBI.....	57
	Conclusions sur la compétence razione temporis	57
	Conclusions sur la compétence razione personae	65
4.4.	La compétence du Tribunal au titre d'une convention d'arbitrage par voie d'accord direct entre les parties.....	70
	a. Les arguments des parties.....	70
	b. Les conclusions du Tribunal	71
V.	FRAIS DE L'ARBITRAGE	73

I. INTRODUCTION

1. Le présent litige oppose, d'une part, la société ABCI Investments N.V., société par action incorporée originellement dans les Iles Caïman et dont le siège social a été transféré en mai 2003 à Curaçao dans les Antilles néerlandaises (ci-après la « Demanderesse » ou « ABCI ») et, d'autre part, la République tunisienne (ci-après la « Défenderesse » ou la « Tunisie »).
2. La Demanderesse est représentée dans cette procédure par M. Johannes Halonen, Président, ABCI, et M. le Professeur Patrick Juillard.
3. La Défenderesse est représentée par M. Abdelkader Zhioua, Chef du Contentieux de l'Etat, Ministère des Domaines de l'Etat, et des Affaires foncières, Direction générale du Contentieux de l'Etat, Me Charles Kaplan, Me Isabelle Michou et Me Emmanuelle Cabrol du cabinet Herbert Smith LLP à Paris.
4. Le litige est né des suites de la privatisation de la Banque Franco-Tunisienne (ci-après « BFT ») en 1981. Il a donné lieu depuis 1987 à de nombreuses procédures en Tunisie, en Angleterre et en France, dans les conditions qui seront rappelées ci-dessous.
5. L'instance a été introduite par la Demanderesse sur le fondement de la Convention de Washington de 1965 pour le Règlement des Différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats (ci-après la « Convention CIRDI » ou la « Convention de Washington »), de la loi tunisienne No. 69-35 du 26 juin 1969 portant Code des investissements (ci-après la « Loi de 1969 » ou le « Code des investissements »), du traité bilatéral d'investissement conclu entre le Royaume des Pays-Bas et la République de Tunisie le 23 mai 1963 (ci-après le « Traité de 1963 » ou « l'Accord de 1963 »), ainsi que l'Accord pour l'encouragement et la protection réciproque des investissements conclu entre le Royaume des Pays-Bas et la République de Tunisie le 11 mai 1998 (ci-après « le TBI »).

6. La présente décision reviendra sur la procédure suivie (section II), et après un bref rappel des faits (section III), le Tribunal parviendra à sa décision (section IV).

II. PROCÉDURE

7. Le 6 avril 2004, le Secrétaire général du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (ci-après le « CIRDI » ou le « Centre ») enregistrait la requête d'arbitrage soumise par la société ABCI, en langue anglaise et datée du 30 décembre 2003, à l'encontre de la Tunisie. Conformément à l'article 7 du Règlement de procédure relatif à l'introduction des instances de conciliation et d'arbitrage, cet enregistrement a fait l'objet d'une notification aux parties le même jour.
8. La constitution du Tribunal a duré plus de trois ans. Les parties ont dans un premier temps convenu que le Tribunal comprendrait trois membres, un arbitre nommé par chaque partie et un président nommé par accord des parties. La Tunisie a procédé à la nomination du Professeur Gabrielle Kaufmann-Kohler, de nationalité suisse, en octobre 2004. Par la suite, et au vu de l'inactivité de l'affaire, le Secrétaire général notifiait aux parties, le 20 février 2007, son intention de prendre note de la fin de l'instance conformément à l'article 45 du Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage du CIRDI (« le Règlement d'arbitrage »), sauf réponse contraire des parties avant le 7 mars 2007. Le 26 février 2007, la Demanderesse nommait le Professeur Piero Bernardini, de nationalité italienne. Suite à la demande du Professeur Kaufmann-Kohler d'être excusée de cette procédure en juin 2007, la Tunisie nommait le Professeur Brigitte Stern, de nationalité française, en septembre 2007. Puis, le Professeur Francisco Orrego-Vicuña, de nationalité chilienne, fut nommé Président du Tribunal par le Président du Conseil administratif du Centre. Le Tribunal a été constitué le 5 octobre 2007 conformément à l'article 38 de la Convention de Washington, et l'instance réputée engagée à cette date conformément à l'article 6(1) du Règlement d'arbitrage.
9. Les membres du Tribunal sont donc M. le Professeur Francisco Orrego-Vicuña, M. le Professeur Piero Bernardini, et Mme le Professeur Brigitte Stern. Mme Eloïse Obadia fut désignée comme Secrétaire du Tribunal. Elle fut remplacée le 1^{er} octobre 2008 par M.

Amine Assouad puis reprit ses fonctions le 22 décembre 2009 ; elle fut remplacée le 7 juin 2010 par Mme Aurélia Antonietti.

10. En application de l'article 13 du Règlement d'arbitrage, et faute d'accord entre les parties, une première session s'est tenue entre les membres du Tribunal le 3 décembre 2007. La Demanderesse ayant soulevé des objections concernant la question de la validité de la constitution du Tribunal en relation avec la question de la représentation de la République tunisienne, le Tribunal décidait que cette question serait traitée en premier lieu lors d'une audience avec les parties, initialement prévue en janvier 2008. Les autres points de l'ordre du jour de la première session du Tribunal devaient également être examinés avec les parties lors de cette session. Par la suite, l'instance a été suspendue pour non-paiement des avances demandées par le Centre mais a repris le 15 avril 2008.
11. Le Tribunal a alors tenu une audience de procédure avec les parties le 16 juin 2008 à Paris. Le Tribunal a entendu les parties sur la question de la représentation de la République tunisienne et sa capacité à nommer un arbitre. Il fut par ailleurs convenu que le Règlement d'arbitrage applicable serait celui entré en vigueur en avril 2006, que Paris serait le lieu de la procédure et que l'instance se déroulerait en langue française. Lors de l'audience du 16 juin 2008, le Tribunal adoptait également un calendrier pour la suite des échanges des soumissions des parties en relation avec plusieurs requêtes présentées par les parties, à savoir :
 - Une requête en recommandation de mesures conservatoires de la Demanderesse du 22 décembre 2006, réitérée le 20 juillet 2007 et les 8 et 21 avril 2008, demandant au Tribunal d'ordonner à la Tunisie d'une part, de ne pas céder ou vendre les parts sociales dans la BFT, et d'autre part, de s'abstenir de l'exécution de toute décision administrative ou judiciaire contre la société ABCI ;
 - Une requête en recommandation de mesures conservatoires de la Demanderesse, présentée le 13 juin 2008, demandant au Tribunal d'ordonner toutes mesures utiles afin d'assurer la préservation et la conservation de tous les éléments de preuve nécessaires à une évaluation de la BFT durant la période 1977-2000 ; et

- Une requête de la Défenderesse, soumise le 5 juin 2007, puis réitérée les 15 et 30 mai 2008, aux fins d'obtenir de la part de la société ABCI une garantie bancaire à première demande pour le règlement des frais de procédures.
12. Un calendrier était également adopté concernant la question de l'introduction d'un déclinatoire de compétence et, le cas échéant, d'une éventuelle demande de bifurcation entre la compétence et le fond du litige.
 13. Le 2 juillet 2008, le Tribunal rendait une Ordonnance de procédure No. 1 sur la question de la représentation de la République tunisienne et sa capacité à nommer un arbitre. La Demanderesse avait soulevé dans de nombreuses correspondances la question de l'autorité du Chef du Contentieux de l'Etat de représenter valablement la Défenderesse. La Demanderesse avait également contesté la capacité de la Défenderesse, et plus particulièrement du Chef du Contentieux de l'Etat, de nommer un arbitre. Après avoir entendu les deux parties, le Tribunal a rejeté les objections soulevées par la Demanderesse et réservé la question des frais.
 14. Le 2 juillet 2008, le Tribunal rendait également une Ordonnance de procédure No. 2 rejetant les requêtes présentées par la Défenderesse visant à l'obtention d'une garantie bancaire et d'une garantie complémentaire.
 15. Par lettre en date du 8 juillet 2008, la Défenderesse confirmait son intention de soulever un déclinatoire de compétence conformément aux dispositions de l'article 41(2) de la Convention de Washington et sollicitait du Tribunal la disjonction entre la compétence et le fond du litige, et subsidiairement la disjonction entre une phase de recevabilité et le fond du litige.
 16. Le 29 août 2008, le Tribunal rendait une Ordonnance de procédure No. 3 par laquelle il décidait d'examiner la compétence de façon préalable. Dans la même Ordonnance, le Tribunal rejetait la demande de bifurcation de la Défenderesse afin de traiter séparément une demande de fin de non recevoir tenant à la prescription alléguée de la demande d'ABCI en droit tunisien et le fond de l'affaire. Le Tribunal ordonnait aux parties de suivre

le calendrier fixé par le Tribunal pour présenter leurs mémoires respectifs sur la compétence.

17. Le 29 août 2008, le Tribunal rendait une Ordonnance de procédure No. 4 sur les demandes de mesures conservatoires présentées par la Demanderesse. Le Tribunal rejetait la première demande relative à la cession envisagée par la Défenderesse de ses actions dans la Banque Franco-Tunisienne (ci-après la « BFT »), telle qu'alléguée par la Demanderesse, cession qui pouvait aboutir, selon ABCI, à la perte de son investissement, estimant que les conditions requises pour ordonner des mesures conservatoires relatives à la vente des actions n'étaient pas entièrement remplies. En résumé, ABCI demandait au Tribunal d'ordonner à la Défenderesse de s'abstenir sans délai de vendre ou de transférer, directement ou indirectement ou par le biais de ses émanations, des actions dans la BFT dont la restitution était réclamée ; de s'engager, sans délai, à ne pas modifier la structure du capital de la BFT et de préserver le statut des actions de la BFT ; de s'abstenir, sans délai, de vendre ou de transférer, directement ou indirectement ou par le biais de ses émanations les 89 actions dans la BFT appartenant à l'ancien Président d'ABCI ; de préserver la valeur des actions dans la BFT ; de notifier, sans délai, au présent Tribunal et à ABCI toutes les mesures prises par elle et la BFT aux fins de ne pas vendre les actions dans la BFT ; de notifier au présent Tribunal et à ABCI les mesures prises afin de rendre public un document dans lequel la Défenderesse affirmerait son intention de ne pas « *privatiser* » la BFT et de ne pas vendre ses actions.
18. En revanche, le Tribunal faisait droit à la demande d'ABCI sur la préservation des éléments de preuve, et plus précisément la préservation d'informations relatives à la gestion sociétaire ainsi que les documents comptables permettant d'établir la valeur de la BFT et le montant d'une éventuelle réparation. Il fut décidé, par conséquent, que la Défenderesse devait prendre les mesures nécessaires pour en assurer la matérialisation.
19. Le 30 septembre 2008, le Tribunal, saisi par la Demanderesse, apportait les éclaircissements qu'il estimait nécessaires sur l'étendue de l'Ordonnance de procédure No. 4.

20. Le calendrier pour les échanges d'écritures entre les parties sur la question de la compétence a été à plusieurs reprises modifié et le Tribunal n'estime pas nécessaire de reprendre ici toutes ces modifications. Il suffit de retenir que :

- A la demande du Tribunal, la Demanderesse a resoumis le 16 mai 2008 une requête d'arbitrage en langue française accompagnée des pièces C-1 à C-173 (ci-après « Requête ») ;
- La Défenderesse a soumis un Déclinatoire de compétence le 5 décembre 2008, accompagné des pièces R-1 à R-27 et des sources juridiques R-1 à R-78 (ci-après « Déclinatoire » ou « Mémoire ») ;
- La Demanderesse a soumis un Contre-Mémoire sur la compétence le 30 mars 2009, accompagné des pièces C-182 à C-480 et des sources juridiques C-LA-1 à C-LA-164 (ci-après « Contre-Mémoire ») ;
- La Défenderesse a soumis une Réponse sur la compétence le 19 mai 2009 accompagnée des pièces R-28 à R-36 et des sources juridiques R-79 à R-137 (ci-après « Réponse ») ;
- La Demanderesse a soumis une Réplique sur la compétence le 10 mars 2010, accompagnée des pièces C-482 à C-533 et des sources juridiques C-LA-165 à C-LA-201 (ci-après « Réplique »).

21. Le Tribunal a également été saisi de diverses demandes de production de documents par la Demanderesse sur lesquelles il a tranché le 20 janvier 2010. Il note en outre que l'instance a été suspendue une seconde fois en juin 2009 pour non-paiement des avances demandées par le Centre pour reprendre le 22 décembre 2009.

22. Une audience de plaidoiries s'est tenue à Paris du 23 au 25 juin 2010. La pièce R-36 a été soumise à nouveau au Tribunal à l'issue de l'audience, ainsi que la pièce supplémentaire R-37.

Etaient présents à cette audience pour la Demanderesse :

M. le Professeur Patrick Juillard	Professeur Emérite – Université Paris I Panthéon Sorbonne
Mme le Professeur Geneviève Bastid Burdeau	Professeur – Université Paris I Panthéon Sorbonne
M. le Professeur Sylvain Bollée	Professeur – Université Paris I Panthéon Sorbonne
Me Philip Kimbrough	Kimbrough & Associés
M. Bertrand Besnard	Kimbrough & Associés
M. Pierre-Laurent Holleville	Kimbrough & Associés
M. Majid Bouden	Ancien Président ABCI
M. Johannes Halonen	Président ABCI

Etaient présents pour la Défenderesse :

M. Fethi Soukri	Chef de Cabinet du Ministère des Domaines de l'Etat
M. Abdelkader Zhioua	Directeur général du Contentieux de l'Etat
Mme Nabiha Doghri	Chargée de mission auprès du Ministre du Développement
Docteur Loftei Chedly	Avocat et Maître de Conférences
Me Charles Kaplan	Herbert Smith
Me Isabelle Michou	Herbert Smith
Me Emmanuelle Cabrol	Herbert Smith

23. Le 1^{er} octobre 2010, la Demanderesse sollicitait du Tribunal de nouvelles mesures conservatoires relatives à l'appel d'offres annoncé le 1^{er} septembre 2010 par la

Défenderesse pour la vente d'un bloc d'actions de la Banque Franco-Tunisienne, comprenant le « bloc de contrôle » que la Demanderesse soutient lui appartenir. Par Ordonnance de procédure No. 5 du 16 novembre 2010, le Tribunal rejetait la demande aux motifs que la question de la propriété des actions et de la validité du Protocole de renonciation d'ABCI en date du 7 juin 1989 constituait un aspect principal du litige, et qu'en décider à ce stade aurait pour résultat inévitable de préjuger du fond du litige. Cela étant, le Tribunal décidait que la Défenderesse devait adopter toutes les mesures nécessaires pour assurer, avant la finalisation de la procédure d'appel d'offres, que tous les candidats considérés soient informés de l'existence de l'arbitrage CIRDI. Par ailleurs, la Défenderesse devait porter à l'attention des candidats les termes de l'Ordonnance de procédure No. 4 concernant la préservation de la preuve. La Défenderesse informait le Tribunal en date du 22 décembre 2011 des instructions émises aux entités concernées suite à la décision du Tribunal.

24. Le 5 janvier 2011, les parties ont soumis leurs écritures relatives aux frais et dépens engagés pour la représentation de leurs intérêts pour cette phase de la procédure.

III. FAITS

25. Le Tribunal exposera succinctement, ci-après, le contexte factuel à l'origine du présent litige. Dans la mesure utile à la solution du différend relatif à la compétence, les faits pertinents seront établis plus en détails dans le cadre de la discussion du Tribunal.
26. L'*Arab Business International Finance and Investment Company*, devenue ABCI en 1998¹, a été enregistrée et immatriculée au registre des sociétés des Iles Caïman, Royaume-Uni, le 18 mai 1982². Il est allégué par la Demanderesse qu'il s'agissait d'une société d'investissement au capital social entièrement libéré de 20 millions USD. Il est aussi soutenu que ses actionnaires étaient jusqu'à la fin de 1989 à 50% le Prince Bandar Khaled Bin Abdul Aziz Al Saud, fils aîné du Roi d'Arabie Saoudite, et une société lui

¹ Certificat du 17 juillet 1998 (Pièce C-118).

² Certificat du 18 mai 1982 (Pièce C-117).

appartenant, ainsi qu'à 50% M. Abdel Majid Bouden, à l'époque de nationalité tunisienne, qui en était le Président³. La Défenderesse pour sa part questionne l'implication de l'Emir Bandar Bin Abdul Aziz et considère qu'il ne détenait que 50 actions dans ABCI⁴. Le siège social d'ABCI a été transféré aux Antilles néerlandaises en mai 2003⁵.

27. Le 18 juin 1981, la BFT décidait de procéder à une augmentation de capital, par la création de 800.000 nouvelles actions d'un montant nominal de 5 dinars, afin de porter son capital social de 1 million à 5 millions de dinars tunisiens, soit un total d'un million d'actions. A cette fin, une souscription par appel public aux investisseurs nationaux et internationaux était lancée. L'actionnaire principal de la BFT était alors à hauteur de 94% la Société tunisienne de Banque (ci-après la « STB »), société elle-même détenue par l'Etat tunisien à travers le Ministère du Plan et des Finances et la Banque Centrale de Tunisie (ci-après la « BCT »).
28. Il apparaît qu'en vertu de la législation tunisienne alors en vigueur, la souscription à l'augmentation de capital de la BFT n'était ouverte de plein droit qu'aux résidents tunisiens. Les non-résidents ne pouvaient y participer qu'à la condition d'obtenir certaines autorisations préalables du Ministère du Plan et des Finances et de la Banque Centrale.
29. Les parties sont en désaccord quant aux conditions à remplir et aux autorisations à obtenir sous l'empire de la Loi de 1969 ainsi que sur le mode d'obtention de ces autorisations et sur le point de savoir si ABCI a obtenu les autorisations nécessaires et bénéficie de la protection légale qui y est associée. Cette question est au centre des échanges entre les parties ; il y sera de nouveau fait référence dans le corps de cette Décision.
30. Il est suffisant de rappeler à ce stade qu'ABCI souhaitait souscrire à l'augmentation de capital de la BFT et obtenir 500.000 actions. M. Abdel Majid Bouden écrivait notamment le 10 novembre 1981 au nom du Prince Bandar Bin Abdul Aziz, que ce dernier souhaitait souscrire à l'augmentation de capital au travers d'une holding et souhaitait obtenir des

³ Réplique, paras. 34-35.

⁴ Mémoire, paras. 64-68.

⁵ Apostilles (Pièces C-123 et C-124).

autorités tunisiennes l'agrément nécessaire⁶. ABCI soutient qu'elle a sollicité l'agrément nécessaire par lettre du 15 avril 1982⁷.

31. Par lettre No. 300 du 23 avril 1982, le Ministère du Plan et des Finances donnait son autorisation pour la souscription par l'Arab Business International Finance and Investment Company à concurrence de 50%⁸. La Tunisie considère que cet « accord » n'était que de principe et conditionnel et qu'ABCI devait obtenir l'autorisation de la Banque Centrale⁹. Pour sa part, ABCI considère que le Ministère donnait son « agrément » au sens de la Loi de 1969 alors en vigueur¹⁰. Des questions de traduction des textes pertinents qui divisent les parties seront examinées par le Tribunal par la suite.
32. ABCI a également demandé l'obtention d'une garantie de transfert le 23 avril 1982¹¹. Le Gouverneur de la Banque Centrale octroyait le 2 juillet 1982 la garantie « sollicitée conformément à la réglementation des changes en vigueur »¹².
33. Le 27 juillet 1982, ABCI procédait à un virement à la Banque Centrale de Tunisie d'un montant de 4.139.072,85 USD¹³ (soit 2,5 millions de dinars tunisiens). La BFT bloquait le 29 juillet 1982 les fonds d'ABCI sous séquestre sur un compte non rémunéré¹⁴. La Tunisie considère qu'il s'agissait de fonds en attente d'affectation en vue de l'obtention des agréments nécessaires¹⁵, alors qu'ABCI estime qu'il s'agissait d'une mainmise illicite et d'une confiscation arbitraire par le Gouvernement tunisien¹⁶.
34. Le 30 décembre 1982, l'augmentation de capital de la BFT était décidée et une distinction était faite entre les actions de catégorie A pour les résidents et les actions de catégorie B

⁶ Lettre de M. A. Bouden à M. Riahi, Directeur général de la BFT du 10 novembre 1981 (Pièce R-3).

⁷ Lettre d'ABCI au Ministre du Plan et des Finances du 15 avril 1982 (Pièce C-15).

⁸ Lettre du Ministère du Plan et des Finances à ABCI du 23 avril 1982 (Pièce C-16 ou Pièce R-5).

⁹ Mémoire, paras. 29-30.

¹⁰ Contre-Mémoire, paras. 204-205 ; Réplique, para. 55.

¹¹ Pièces C-16 et Pièce C-17.

¹² Pièce C-18.

¹³ Pièces C-19 et C-21.

¹⁴ Requête, para. 75.

¹⁵ Mémoire, paras. 34-35.

¹⁶ Requête, paras. 13 et 75.

pour les non résidents¹⁷. L'augmentation de capital fût, selon la Tunisie, souscrite entièrement par des résidents¹⁸.

35. Après négociations, le 21 mars 1984, la Banque Centrale et M. Bouden pour ABCI parvenaient à un accord qui a fait l'objet d'un procès-verbal de réunion daté du 23 mars 1984¹⁹. Il était décidé que la distinction entre les catégories A et B serait supprimée (ce qui fût fait le 26 mai 1984²⁰) et que la STB céderait à ABCI 500.000 actions, soit 50% du capital de la BFT, au prix de 4.250 dinars par action. Cette cession fût réalisée le 27 juillet 1984 via une cession en bourse sur dossier spécial non négocié et par prélèvement sur les fonds en dollars déjà versés par ABCI. La Demanderesse soutient que le solde du compte ne lui a jamais été restitué²¹.
36. A l'issue d'autres réunions, un procès-verbal de ces réunions fut rédigé en date du 7 juin 1984²². Les parties sont en désaccord sur la valeur à accorder à ce document comme il sera expliqué ci-dessous, et notamment sur le point de savoir si ce document contient le consentement de la Tunisie à un arbitrage CIRDI sous l'empire de la Loi de 1969, ce que soutient ABCI. La Tunisie dément qu'ABCI ait assisté à ces réunions ou ait été destinataire de ce procès-verbal²³. ABCI considère que ce procès-verbal faisait suite aux demandes d'ABCI et estime en avoir reçu une copie avant qu'il ne soit communiqué à la BFT par lettre du 24 août 1984²⁴. Le seul texte en possession du Tribunal est celui transmis par le Ministère des Finances à la BFT le 24 août 1984.
37. En tout état de cause, ABCI est devenue en juillet 1984 actionnaire de la BFT, détenant 53.6% des droits de vote, aux côtés de l'actionnaire minoritaire originaire, la STB. Il n'est pas contesté de part et d'autre que les relations entre la STB et ABCI se sont rapidement

¹⁷ Procès verbal de l'Assemblée générale (Pièce C-22).

¹⁸ Procès verbal du Conseil d'administration de la BFT (Pièce R-9).

¹⁹ Pièce C-28.

²⁰ Procès verbal de l'Assemblée générale de la BFT du 24 mai 1984 (Pièce C-29).

²¹ Requête, para. 14.

²² Pièce C-30 et R-14.

²³ Mémoire, para. 50 ; Réponse, para. 41.

²⁴ Réplique, para. 103.

détériorées, chaque partie accusant l'autre de vouloir administrer seule la Banque, et ABCI estimant être paralysée par l'actionnaire minoritaire et par le Gouvernement au travers notamment de plusieurs mesures législatives (visant entre autres la mise sous tutelle des sociétés telle que la BFT et la scission de leurs fonctions dirigeantes). En outre, ABCI soutient avoir découvert à partir de 1987 des irrégularités financières au sein de la BFT et des créances douteuses dissimulées²⁵.

38. Sans avoir à entrer dans les détails à ce stade de la procédure, il est utile de retenir, d'une part, que certaines questions relatives au gel des fonds versés initialement par ABCI ont fait l'objet d'une procédure arbitrale auprès de la Chambre de Commerce Internationale (ci-après la « CCI ») en vertu d'un compromis arbitral signé entre la BFT et les conseils d'ABCI le 4 mai 1984²⁶. Un tribunal arbitral CCI a décidé *ex aequo bono* en faveur d'ABCI en juillet 1987²⁷. Cette sentence a fait l'objet de procédures d'exequatur et de nombreux recours en annulation en France, en Tunisie et en Angleterre entre 1987 et 2006. Il ressort du dossier en possession du Tribunal arbitral que cette sentence n'a jamais été annulée. ABCI allègue cependant ne pas avoir pu exécuter la sentence CCI contre la BFT, dont l'Etat tunisien aurait organisé l'insolvabilité²⁸, et n'avoir saisi qu'environ 60.000 USD de la BFT²⁹.
39. D'autre part, la querelle entre les actionnaires de la BFT a donné lieu à de multiples procédures civiles et pénales devant les cours tunisiennes dont il n'est pas nécessaire à ce stade de faire état. En 1989, la BFT était placée sous administration judiciaire à la demande de la STB. Par ailleurs, M. Bouden était, entre autres, condamné le 22 mars 1989³⁰ en tant que président administrateur de la BFT à des peines d'emprisonnement pour abus de biens sociaux, violation du contrôle des changes ainsi qu'à une amende de plus de 16 millions de dinars, soit selon la Demanderesse environ 30 millions USD. Par la

²⁵ Requête, paras. 105-107, paras. 145-146.

²⁶ Pièce C-43.

²⁷ Sentence arbitrale CCI du 23 juillet 1987 (Pièce C-45).

²⁸ Contre-Mémoire, para. 70.

²⁹ Requête, paras. 101 et 158.

³⁰ Décision du Tribunal de 1^{ere} instance de Tunis du 22 mars 1989 (Pièce C-75).

suite, ABCI soutient que M. Bouden a été contraint de conclure trois protocoles d'accord avec la STB, dont un en date du 7 juin 1989 par lequel ABCI revendait ses parts dans la BFT à la STB³¹. Le transfert d'actions a été effectué le 13 juin 1989³². ABCI soutient également que M. Bouden a été contraint de procéder à d'autres « *renonciations transactionnelles* », y compris la renonciation à exécuter la sentence CCI et à tout recours judiciaire ou arbitral, les 12 et 14 juin et 3 juillet 1989. ABCI allègue, qu'à la suite des accords de 1989, la peine d'emprisonnement de M. Bouden et son amende furent réduites³³, bien qu'il ait été selon ABCI soumis à un « *harcèlement policier et judiciaire continu* » jusqu'à son « *évasion* » en 1991-1992³⁴. Il fut ultérieurement condamné à 20 ans de prison en 1994 pour défaut de surveillance des actes de gestion de la BFT lors de son mandat de président non exécutif du conseil administratif de la BFT³⁵. Les accords de 1989 ont fait notamment l'objet d'une demande d'annulation par ABCI, dans le cadre de la procédure d'exécution de la sentence arbitrale CCI entre 1993 et 2003 portée devant les juridictions anglaises, juridictions qui se sont finalement déclarées incompétentes³⁶. La Demanderesse sollicite du Tribunal de constater que ces accords³⁷ ont été obtenus sous la contrainte et sont dénués d'effet³⁸.

40. En 2002, ABCI demandait à l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (ci-après « AMGI » ou « MIGA ») de procéder à une médiation entre les parties, procédure à laquelle la Tunisie a refusé de participer. Dans ces circonstances, ABCI a introduit une requête d'arbitrage devant le CIRDI comme expliqué ci-dessus.
41. Sur le fond, ABCI soutient que les actes de l'Etat tunisien ont eu pour conséquence de la priver, sans indemnisation, de son investissement, qu'elle a été victime d'une

³¹ Requête, paras. 127-128, 132. Pièce C-80.

³² Attestation de la bourse d'Etat tunisienne du 13 juin 1989 (Pièce C-82).

³³ Requête, para. 136 ; Réplique, para. 153.

³⁴ Requête, para. 139.

³⁵ Décision de la Cour d'Appel de Tunis du 8 décembre 1994 (Pièce C-98).

³⁶ Pièces R-23 à R-26.

³⁷ Accord du 7 juin 1984 (Pièce C-384), Accord du 14 juin 1989 (Pièce C-388) et Procès-verbal du 3 juillet 1989 (Pièce C-400).

³⁸ Contre-Mémoire, para. 100.

« *expropriation déguisée* » et d'un traitement injuste et inéquitable³⁹. ABCI allègue également qu'il y a eu atteinte au standard de la pleine et entière sécurité physique et juridique de « *l'investisseur ou de son investissement* »⁴⁰. Elle sollicite du Tribunal la condamnation de la République de Tunisie à la restitution des actions de la BFT, représentant 53.6% des actions avec droit de vote, ou subsidiairement au paiement de la valeur actuelle de l'investissement, ainsi qu'au paiement de divers dommages et intérêts. Le Tribunal retient que, lors de sa demande aux fins de mesures conservatoires en date du 1^{er} octobre 2010, la Demanderesse a expliqué qu'elle ne souhaitait pas obtenir une réparation intégrale du dommage mais plutôt la restitution effective du bloc d'actions de contrôle dans la BFT. A cet effet, elle a amendé sa Requête d'arbitrage et demande la mainlevée de la saisie sur le bloc de contrôle et la *restitutio in integrum* de ses actions, n'envisageant plus d'indemnisation comme alternative de la restitution, tout en réservant tous ses droits.

IV. DÉCISION DU TRIBUNAL

42. La Défenderesse conteste la compétence du Tribunal au titre de trois chefs principaux : (1) le CIRDI n'est pas compétent au titre de l'article 25 de la Convention de Washington ; (2) la Loi tunisienne sur les investissements de 1969 n'attribue pas dans ce cas compétence au Centre ; (3) le TBI Pays-Bas-Tunisie de 1998 n'est pas applicable en l'espèce. Qui plus est, la Tunisie rejette les arguments présentés subsidiairement par la Demanderesse quant à l'existence d'une convention directe d'arbitrage entre les parties. Le Tribunal examinera un à un les chefs de compétence invoqués et les objections soulevées par la Défenderesse.

³⁹ Requête, para. 160.

⁴⁰ Réplique, para. 197.

4.1 La compétence au titre de l'article 25 de la Convention CIRDI

a. Les arguments de la Défenderesse

43. La Défenderesse rappelle, en premier lieu, les éléments essentiels de la compétence du Centre aux termes de l'article 25 de la Convention, qui dispose :

« (1) La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un Etat contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre Etat contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre. Lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement.

(2) « Ressortissant d'un autre Etat contractant » signifie :

(a) toute personne physique qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage ainsi qu'à la date à laquelle la requête a été enregistrée conformément à l'article 28, alinéa (3), ou à l'article 36, alinéa (3), à l'exclusion de toute personne qui, à l'une ou à l'autre de ces dates, possède également la nationalité de l'Etat contractant partie au différend ;

(b) toute personne morale qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage et toute personne morale qui possède la nationalité de l'Etat contractant partie au différend à la même date et que les parties sont convenues, aux fins de la présente Convention, de considérer comme ressortissant d'un autre Etat contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers.

(3) Le consentement d'une collectivité publique ou d'un organisme dépendant d'un Etat contractant ne peut être donné qu'après approbation par ledit Etat, sauf si celui-ci indique au Centre que cette approbation n'est pas nécessaire.

(4) Tout Etat contractant peut, lors de sa ratification, de son acceptation ou de son approbation de la Convention ou à toute date ultérieure, faire connaître au Centre la ou les catégories de différends qu'il considérerait comme pouvant être soumis ou non à la compétence du Centre. Le Secrétaire général transmet immédiatement la notification à tous les Etats

contractants. Ladite notification ne constitue pas le consentement requis aux termes de l'alinéa (1). »

44. Selon la Défenderesse, la Demanderesse n'a pas démontré en l'espèce l'existence d'un différend, qui aurait en plus une relation directe avec un investissement, et que les parties auraient consenti par écrit à soumettre au Centre.
45. La Défenderesse soutient en effet qu'au moment de l'introduction de l'instance auprès du CIRDI en 2003, il n'existait pas un différend déjà cristallisé entre les parties, tel que l'exige la jurisprudence de la Cour internationale de Justice⁴¹. Il s'ensuit qu'il n'existait pas à ce moment-là une contradiction entre les positions des parties, en particulier du fait que la République tunisienne n'avait exprimé aucune position.
46. Le fait que la société ABCI ait porté une demande de médiation devant l'AMGI en octobre 2002 ne peut être interprété comme donnant naissance à un différend juridique, d'autant plus que la Tunisie a refusé d'accepter une potentielle intervention de cette agence. L'argument de la Demanderesse concernant la « *régularisation* » de la naissance du différend en cours d'instance, suite aux échanges entre les parties dans cette procédure, ne saurait pas non plus être admis puisqu'il faut en tout état de cause que le tribunal soit saisi d'un différend juridique né avant l'introduction d'instance, comme exigé par la jurisprudence citée par la Demanderesse⁴².
47. Quoi qu'il en soit, selon la Défenderesse, même si l'on admettait qu'un différend existait, celui-ci n'a pas de rapport direct avec un investissement puisqu'il manque l'élément principal, à savoir la contribution au développement économique de l'Etat d'accueil

⁴¹ CPJI, *Compagnie d'Electricité de Sofia et de Bulgarie (Belgique c. Bulgarie)*, 4 avril 1939, Exception préliminaire, Recueil CPJI, Série A/B, p. 83 (Source R-4 et Source C-LA-3).

⁴² Réponse, paras. 59-60. Voir *Victor Pey Casado et Fondation Allende c. République du Chili* (Aff. CIRDI No. ARB/98/2), Sentence, 8 mai 2008 (ci-après « Sentence *Pey Casado* »), paras. 634-637 (Sources C-LA-24 et R-51) ; CIJ, *Affaire relative à certains biens (Liechtenstein c. Allemagne)*, Exceptions préliminaires, Opinion Dissidente du Juge *ad hoc* Berman, Recueil CIJ 2005, p. 70 (Source R-79).

conformément à la jurisprudence de plusieurs tribunaux arbitraux⁴³. Contrairement à ce que la Demanderesse soutient, l'augmentation du capital de la BFT n'a pas été conçue comme la gestion d'une opération de privatisation faisant appel aux investissements nationaux ou internationaux, mais simplement comme une augmentation du capital minimum exigée de toutes les banques tunisiennes. Il n'y a pas eu non plus de « *sollicitation* » par l'Etat tunisien.

48. Par ailleurs, selon la Défenderesse, une prise de participation d'actionnaire ne peut être considérée comme contribuant au développement économique. En effet, la Défenderesse explique que, dans le cas d'espèce, les parties ont fait référence au développement économique de la Tunisie en considération de divers projets qui pouvaient se concrétiser entre les parties à l'avenir, mais pas en relation avec l'apport d'ABCI qui a conduit à une prise de participation dans la BFT. Une importance particulière a été accordée dans ce contexte à la participation du Prince Bandar dans l'ensemble des projets envisagés. Ces projets n'ont jamais abouti et la participation même du Prince dans la société ABCI doit être considérée comme frauduleuse.
49. La condition relative au consentement prévu à l'article 25 de la Convention n'est pas non plus remplie en l'espèce car la loi tunisienne sur les investissements n'est pas applicable et n'a pas été invoquée par la Demanderesse en temps utile. Le TBI Pays-Bas-Tunisie n'est pas non plus applicable, tout comme aucun autre accord direct entre les parties. Ces chefs de compétence invoqués par la Demanderesse seront analysés plus loin.

b. Les arguments de la Demanderesse

50. La Demanderesse note d'abord que la société ABCI a eu à tout moment la nationalité d'un Etat contractant à la Convention CIRDI, tel que l'exige l'article 25 de la Convention de Washington. Cette nationalité fut premièrement celle du Royaume-Uni (Iles Caïman) et

⁴³ Voir *Consortium R.F.C.C. c. Royaume du Maroc* (Aff. CIRDI No. ARB/00/6), Décision sur la compétence, 16 juillet 2001 (Source R-9) ; *Jan de Nul N.V. et Dredging International N.V. c. République arabe d'Egypte* (Aff. CIRDI No. ARB/04/13), Décision sur la compétence, 16 juin 2006 (ci-après « *Jan de Nul*, Décision sur la compétence ») (Source R-11).

suite à un changement de siège social celle des Pays-Bas (Antilles néerlandaises), deux Etats contractants à la Convention CIRDI. Le Tribunal examinera la question de nationalité plus avant dans le contexte de la compétence *ratione personae*.

51. La Demanderesse soutient qu'un différend est bien né entre les parties, et que seule la date de sa naissance fait l'objet d'un désaccord entre elles. La référence faite par la Défenderesse à la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice dans l'affaire *Compagnie d'Electricité de Sofia et de Bulgarie*, et à la jurisprudence arbitrale, démontre précisément le contraire de ce que la Tunisie soutient. En l'absence de disposition spéciale, le différend né en cours d'instance du refus d'une partie de faire droit aux demandes de l'autre partie relève de la compétence du Tribunal, comme aussi démontré par l'affaire *Pey Casado*.
52. La Demanderesse argumente qu'en tout état de cause en l'espèce, suivant la décision de la Cour internationale de Justice dans *Certains Biens*⁴⁴, le désaccord des parties tant sur le droit que sur les faits et leurs thèses juridiques et intérêts opposés, est devenue évidente bien avant l'introduction de l'instance, le début des années 1980 étant indiqué comme le moment où les faits litigieux ont commencé à la suite du premier blocage des fonds investis. La Défenderesse elle-même reconnaît l'existence d'un différend apparu au moins dès la fin de l'année 1990, soit bien avant l'introduction de l'instance auprès du CIRDI. Dans le doute, la régularisation intervenue en cours d'instance est par elle-même suffisante comme preuve de l'existence d'un différend, dont le Tribunal peut certainement connaître.
53. En ce qui concerne la question de savoir si un investissement est intervenu en l'espèce, la Demanderesse estime que c'est le cas puisqu'il y a eu un apport, prévu pour une durée significative et comprenant le risque inhérent à une activité bancaire, remplissant ainsi tous les critères exigés par la Convention CIRDI et en pleine concordance avec les principaux cas de jurisprudence pertinents en la matière, particulièrement l'affaire *Salini c.*

⁴⁴ Contre-Mémoire, para. 132.

*Maroc*⁴⁵. La Demanderesse nie aussi toute manœuvre de type frauduleux dans la genèse et la matérialisation de l'investissement, aspect sur lequel le Tribunal reviendra plus bas.

54. La Demanderesse explique aussi que le critère selon lequel un investissement doit contribuer au développement économique du pays hôte est controversé mais qu'en tout état de cause, un investissement bancaire significatif ne peut être que considéré comme remplissant ce critère, particulièrement à la lumière du rôle principal d'une banque, qui consiste à lever des fonds pour le financement de projets dans le pays en question.
55. La société ABCI soutient également que le Centre est compétent pour connaître de sa réclamation du fait que les parties ont consenti au règlement du différend par les diverses voies qui seront examinées ultérieurement dans cette Décision.

c. Conclusions du Tribunal

56. La première question que le Tribunal doit aborder porte sur l'existence d'un différend entre les parties. La relation juridique et factuelle entre les parties a été bien évidemment tumultueuse depuis le début de l'achat des actions de la BFT. Elle fut pleine de désaccords tant sur les garanties que la société ABCI désirait obtenir que sur la question de savoir si les conditions requises par la législation tunisienne en matière de finances et d'activités bancaires et commerciales avaient été remplies. Ces désaccords ont mené à l'adoption de mesures par le Gouvernement à l'égard des fonds transférés par la société ABCI et à leur placement sur un compte spécial, ayant ensuite conduit au refus du transfert des actions de la BFT. Ces mêmes désaccords ont aussi été suivis d'un arbitrage auprès de la Chambre de Commerce Internationale et de maints recours auprès des tribunaux français et anglais, ainsi que de procédures pénales.
57. Même si chacune de ces instances a pu considérer des aspects différents de la relation entre les parties, il est évident que l'ensemble de l'activité envisagée faisait l'objet de

⁴⁵ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. Royaume du Maroc* (Aff. CIRDI No. ARB/00/4), Décision sur la compétence, 23 juillet 2001 (ci-après « *Salini c. Maroc* ») (Source C-LA-26).

désaccords profonds tant de droit que de fait. Cet ensemble de difficultés est maintenant soumis à ce Tribunal dans le contexte des demandes d'ABCI.

58. La conclusion qui s'impose au Tribunal est qu'il n'y a pas de doute quant à l'existence d'un différend. La Cour internationale de Justice a défini le concept de différend comme un « *désaccord sur un point de droit ou de fait, un conflit, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre des parties* »⁴⁶.
59. Les critères établis par la jurisprudence en ce qui concerne l'existence d'un différend au moment de l'introduction de l'instance, comme envisagés dans l'affaire *Compagnie d'Electricité de Sofia et de Bulgarie*, ont été remplis d'une manière pleinement convaincante. Dans ce contexte, il n'y a pas besoin d'avoir recours à l'argument d'une régularisation du différend en cours d'instance comme dans l'affaire *Pey Casado*.
60. La question de savoir à quel moment ce différend est né est une question distincte que le Tribunal doit considérer. Au vu du rapport étroit entre cette date et l'application tant de la législation tunisienne sur les investissements que du TBI de 1998, le Tribunal reviendra ci-dessous sur chacun de ces chefs de compétence.
61. Le Tribunal doit également considérer une deuxième question, à savoir si les critères relatifs à l'existence d'un investissement ont été remplis en l'espèce. Le Tribunal n'a aucun doute non plus sur la réponse à cette question. Même si le Tribunal applique en l'espèce les exigences strictes et cumulatives qui ont été identifiées dans l'affaire *Salini c. Maroc*⁴⁷, ainsi que dans d'autres affaires⁴⁸, le Tribunal arrive à la conclusion qu'un investissement a effectivement eu lieu. En effet, que l'on considère la durée du projet, la régularité des profits et les revenus et le risque pris, ou que l'on considère en outre un

⁴⁶ *Affaire relative au Timor oriental (Portugal c. Australie)*, Arrêt du 30 juin 1995, para. 22 (Source C-LA-2), avec référence à la jurisprudence réitérée de la CPJI et de la CIJ.

⁴⁷ *Salini c. Maroc*, para. 52.

⁴⁸ Voir par exemple *Saipem S.p.A. c. République populaire du Bangladesh* (Aff. CIRDI No. ARB/05/7), Décision sur la compétence, 21 mars 2007, para. 99; *Jan de Nul*, Décision sur la compétence, para. 91; *Ioannis Kardassopoulos c. Géorgie* (Aff. CIRDI No. ARB/05/18), Décision sur la compétence, 6 juillet 2007 (ci-après « *Kardassopoulos*, Décision sur la compétence »), para. 116 (Source R-52).

engagement substantiel et une contribution significative au développement économique de l'Etat hôte, l'investissement intervenu remplit ces conditions à la pleine satisfaction du Tribunal.

62. L'achat d'actions d'une banque à l'étranger pourrait bien ne pas être considéré comme un investissement dans le cas d'un simple investissement de portefeuille (« *portfolio investment* ») selon les circonstances. Cependant, l'acquisition d'actions en vue de participer activement à l'administration et aux opérations d'une banque est de fait une activité différente, notamment si elle est envisagée à long terme. Il va de soi que l'investisseur ne s'engage pas dans une telle opération pour faire un acte de bienfaisance, mais bien pour en tirer un profit et un revenu significatifs, activité financière et commerciale à laquelle se rattache un risque inhérent.
63. La contribution au développement économique de l'Etat hôte est aussi une question débattue dans la jurisprudence arbitrale quant à sa portée. En tout état de cause, l'activité bancaire reste intimement liée au développement économique comme facilitant le transfert de moyens financiers aux opérateurs commerciaux et industriels ainsi qu'aux citoyens ordinaires, critères qui sont remplis sans aucun doute en l'espèce.
64. Le Tribunal doit aussi prendre note du fait que les exigences strictes de la décision *Salini c. Maroc* ne sont pas toujours suivies par la jurisprudence. Des critères beaucoup plus libéraux ont été adoptés par plusieurs décisions qui n'ont pas fait de la contribution au développement économique une question fondamentale aux termes de l'article 25 de la Convention. C'est le cas des affaires *Victor Pey Casado*⁴⁹, *LESI*⁵⁰ et *Phoenix*⁵¹.

⁴⁹ Sentence *Pey Casado*, para. 232.

⁵⁰ *LESI, S.p.A. et Astaldj, S.p.A. c. République algérienne démocratique et populaire* (Aff. CIRDI No. ARB/05/3), Décision sur la compétence, 12 juillet 2006, para. 72 (Source C-LA-34).

⁵¹ *Phoenix Action Ltd c. République tchèque* (Aff. CIRDI No. ARB/06/5), Sentence, 15 avril 2009 (ci-après « Sentence *Phoenix* »), para. 114 (Source R-81).

65. Le Tribunal doit aussi tenir compte du fait que si les parties ont en général une grande liberté pour adopter une définition de la notion d'investissement⁵², cette définition a pour limite l'exigence de ne pas contredire le sens et la portée de la Convention de Washington en ce qui concerne ce concept. Comme retenu dans la Sentence *Biwater*⁵³, le fait de ne pas remplir pleinement tous les critères définis par la décision *Salini*, à supposer que ceux-ci reflètent la portée de la Convention, n'empêche pas qu'un tribunal puisse adopter des critères plus flexibles s'ils sont justifiés dans le cas d'espèce.
66. Or, en l'espèce, la définition de l'investissement dans la législation tunisienne et dans le TBI indique qu'une conception large a été favorisée. En effet, l'article 2 de la Loi No. 69-35 du 26 juin 1969 portant Code des Investissements⁵⁴ étend l'application des garanties et avantages prévus aux « *investissements réalisés en Tunisie par des personnes physiques ou morales, quelle que soit leur nationalité* » et ayant obtenu l'agrément du Gouvernement, sans restreindre leur portée. De même, l'article 1 du TBI, indépendamment de son application en l'espèce, prévoit une très large définition de la notion d'investissement, comme il est d'usage dans ce type d'accord. Aucune des définitions mentionnées ne saurait être considérée comme étant en contradiction avec la Convention de Washington.
67. Lors de l'audience sur la compétence, les parties n'ont pas consacré d'attention particulière aux arguments relatifs à l'application de l'article 25 de la Convention⁵⁵, ce qui

⁵² *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. République des Philippines* (Aff. CIRDI No. ARB/03/25), Sentence, 16 août 2007, para. 305 (Source C-LA-33) ; *M.C.I. Power Group, L.C. et New Turbine, Inc. c. Equateur* (Aff. CIRDI No. ARB/03/6), Sentence, 31 juillet 2007, para. 165 (Source R-82).

⁵³ *Biwater Gauff (Tanzania) Limited c. République Unie de Tanzanie* (Aff. CIRDI No. ARB/05/22), Sentence, 24 juillet 2008, para. 317 (Source C-LA-170).

⁵⁴ Loi No. 69-35 du 26 juin 1969 portant Code des investissements (ci-après « Loi de 1969 » ou le « Code des investissements ») (Pièce C-7 et Source C-LA-153). « Art. 2 : Les garanties et avantages prévus par le présent Code concernent les investissements réalisés en Tunisie par des personnes physiques ou morales, quel que soit leur nationalité et ayant fait l'objet d'un agrément conformément à l'article 7 de la présente loi. Les garanties et avantages précités peuvent, selon la procédure définie à l'article 5 de la présente loi être étendues aux investissements à caractère commercial. »

⁵⁵ Transcription, Audience sur la compétence, mercredi 23 juin 2010 au vendredi 25 juin 2010 (ci-après « Transcription, 23, 24 ou 25 juin »), Plaidoiries de la Défenderesse, Transcription, 23 juin, p. 9, lignes 17-18 ; Plaidoiries de la Demanderesse, Transcription, 24 juin, pp.4-5, lignes 14-38 et 1-40.

semble indiquer qu'au moins il ne s'agit pas d'une objection fondamentale à l'exercice de sa compétence par ce Tribunal.

68. A la lumière des considérations exposées, le Tribunal est en mesure de conclure que les exigences de l'article 25 de la Convention de Washington en ce qui concerne l'existence d'un différend et son rapport avec un investissement ont été remplies. Les considérations concernant l'existence d'un consentement des parties sont jointes à l'analyse ci-dessous des différents chefs de compétence invoqués par la Demanderesse.

4.2 La compétence au titre de la Loi tunisienne sur les investissements

69. Les parties ont longuement discuté de la question de savoir si la compétence du Tribunal peut être fondée sur la Loi tunisienne sur les investissements, en particulier sur l'article 20 de la Loi de 1969 et les effets de sa dérogation par la Loi de 1993⁵⁶, en particulier la portée de son article 67. 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. »*

L'article 67 de la Loi de 1993 dispose :

« Les tribunaux tunisiens sont compétents pour tout différend entre l'investisseur étranger et l'État tunisien, sauf en cas d'accord mentionnant une clause compromissoire ou permettant aux parties de convenir d'un compromis par l'arbitrage ad-hoc ou en application des procédures de conciliation ou d'arbitrage prévues par l'une des conventions suivantes :

⁵⁶ Loi No. 93-120 du 27 décembre 1993, portant promulgation du Code d'incitations aux investissements (ci-après « Loi de 1993 ») (Pièce C-95 et Source C-LA-155).

- *les accords bilatéraux de protection des investissements conclus entre l'État tunisien et l'État dont l'investisseur est ressortissant,*
- *la convention internationale pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États ratifiée par la loi n° 66-33 du 3 mai 1966,*
- *la convention relative à la création de l'organisme arabe pour la garantie des investissements approuvée par le décret loi n° 72-4 du 17 octobre 1972 et ratifiée par la loi n° 72-71 du novembre 1992,*
- *et toute autre convention conclue par le gouvernement de la République Tunisienne et légalement approuvée. »*

a. Les arguments de la Défenderesse

70. La Défenderesse explique qu'il est bien établi que le consentement à l'arbitrage donné dans une législation nationale doit être considéré comme une « *offre de consentement* » qui doit être suivie par l'acceptation de l'investisseur, conditions qui n'ont pas été remplies en l'espèce.
71. En effet, en premier lieu les parties ne se sont pas placées dans le cadre de la Loi de 1969 lors de la prise de participation par actions et les autorisations octroyées s'inscrivaient dans le cadre de la réglementation des changes internationaux en application du Code des changes de 1976, comme il ressort clairement de la correspondance entre les parties, y compris de celle du Gouverneur de la Banque Centrale se référant à « *...la garantie de transfert sollicitée conformément à la réglementation des changes en vigueur* »⁵⁷.
72. L'article 20 de la Loi de 1969 n'a pas été invoqué non plus par la Demanderesse au cours des différentes démarches effectuées à partir de 1984 dans sa correspondance adressée aux autorités tunisiennes afin de trouver des accords négociés ; et quand elle l'a fait, à l'occasion de sa Requête d'arbitrage en 2003, la Loi de 1969 était abrogée depuis plus de dix ans. Deux lettres invoquées par la Demanderesse à ce propos⁵⁸ ne font référence ni à

⁵⁷ Lettre de la Banque Centrale de Tunisie à ABCI du 2 juillet 1982 (Pièce C-18).

⁵⁸ Lettre No. 300 du 23 avril 1982 (Pièce R-5) et lettre du 2 juillet 1982 de la BCT à ABCI (Pièce C-18).

la Loi de 1969, ni à son article 7, qui concerne en particulier l'obtention de l'agrément du Gouvernement pour les investissements, et fait seulement référence aux entreprises « *industrielles* ». L'article 7 dispose à cet égard : « *Tout personne physique ou morale désirant investir ou réaliser l'extension, la reconversion ou le déplacement de son entreprise industrielle en Tunisie doit solliciter l'agrément du Secrétariat d'État au Plan et à l'Economie Nationale* ».

73. La Défenderesse explique aussi que selon l'article 2 de la Loi de 1969, seuls les investissements « *ayant fait l'objet d'un agrément, conformément à l'article 7 de la présente loi* » bénéficiaient des garanties prévues par le Code. Il s'ensuit que si investissement il y avait, il serait en tout cas exclu des investissements réalisés aux termes de l'article 20 de la Loi de 1969 en raison de l'absence d'agrément.
74. Selon la Défenderesse, il ne peut être déduit que la Tunisie a donné un consentement tacite à l'arbitrage tant parce qu'un agrément n'a pas été demandé que parce que le consentement doit s'exprimer par écrit. Ni la jurisprudence, ni la doctrine invoquées par la Demanderesse à cet égard, qui seront commentées plus bas, ne sont applicables en l'espèce selon la Défenderesse. Des arguments similaires mis en avant par la Demanderesse auprès des tribunaux anglais ont été reçus de manière défavorable. Par ailleurs, puisque l'article 20 établit un choix parmi différentes alternatives d'arbitrage, l'investisseur devait exprimer son consentement à l'une de ces alternatives, ce que la société ABCI n'a pas non plus fait.
75. La Défenderesse explique aussi que la Loi de 1969 a été abrogée par la Loi de 1993, l'offre de l'article 20 ayant ainsi pris fin. Cette offre n'était pas permanente, contrairement à ce que soutient la Demanderesse, et n'avait pas non plus été acceptée avant la dérogation de la Loi de 1993. Dans ce dernier cas seulement, elle aurait pu être considérée comme une offre irrévocable dans le contexte de l'article 25 de la Convention

CIRDI et d'une jurisprudence bien établie⁵⁹. Cette offre ne saurait être considérée comme une « *promesse d'arbitrage* ».

76. Même si la Demanderesse argue que l'article 20 en question continue à s'appliquer principalement parce que l'article 3 de la Loi de 1969 établit que les modifications apportées au Code « *ne pourront imposer aux investissements agréés des conditions moins avantageuses* », cela ne peut empêcher le remplacement de la Loi de 1969 par une loi postérieure de même nature. Lorsque la Loi de 1993 a voulu faire des exceptions aux abrogations qu'elle porte, elle l'a fait de façon expresse, c'est particulièrement le cas du Code des investissements agricoles et du Code des investissements touristiques. Une abrogation générale n'est pas non plus équivalente à des « *modifications* » au sens de l'article 3 juste mentionné.
77. L'article 3 ne contient en aucune manière une « *promesse d'immutabilité* ». En outre, le retrait de l'offre d'arbitrage sous la Loi de 1993 ne peut constituer un cas d'estoppel dans les termes stricts exigés par la doctrine et la jurisprudence⁶⁰.
78. La Défenderesse conteste également la caractérisation par la Demanderesse de la Loi de 1969 comme un « acte unilatéral » au sens du droit international, acte qui ne pourrait être retiré sans le consentement du bénéficiaire dans la mesure où une acceptation n'est jamais intervenue.
79. La Demanderesse a aussi invoqué l'article 67 de la Loi de 1993 comme étant suffisant pour établir la compétence du Tribunal car au nombre des exceptions à la compétence des tribunaux tunisiens figurent l'existence d'une clause compromissoire, les accords

⁵⁹ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. République arabe d'Égypte* (Aff. CIRDI No. ARB/84/3), Décision sur la compétence, 27 novembre 1985 (ci-après « *SPP c. Égypte*, Décision sur la compétence »), para. 66 (Source R-15).

⁶⁰ I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, p. 615 (Pièce R-113). *Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company c. Argentine* (Aff. CIRDI No. ARB/03/13), Décision sur la compétence, 27 juillet 2006, para. 150 (Source R-117) ; *Pope & Talbot Inc. c. Canada, UNCITRAL (NAFTA)*, Sentence partielle, 26 juin 2000, para. 111 (Source R-118).

bilatéraux de protection des investissements, la Convention CIRDI ou d'autres instruments approuvés par le Gouvernement.

80. La Défenderesse s'oppose à cet argument à la lumière du fait qu'en tout état de cause, l'accord préalable des parties est nécessaire tant pour la clause compromissoire, que pour les accords internationaux indiqués, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Toute interprétation contraire aurait pour effet de vider la Loi de 1993 de son sens en ce qui concerne la compétence générale des tribunaux tunisiens.

b. Les arguments de la Demanderesse

81. L'argumentation de la Demanderesse vise en premier lieu à démontrer que son investissement est protégé par le Code des Investissements de 1969 puisque celui-ci vise tous les investissements sans aucune qualification, et non pas seulement ceux à caractère industriel. La rédaction même de l'article 7 montre qu'une distinction a été faite entre toutes les opérations d'investissement et, séparément, les investissements industriels en ce qui concerne leur extension, reconversion, délocalisation ou relocalisation. Suite aux décisions de la Commission Nationale des Investissements, il est aussi reconnu que cette Commission peut instruire les demandes d'avantages présentées par les entreprises non manufacturières. L'investissement à caractère financier d'ABCI est ainsi protégé par le Code et satisfait au moins le critère concernant le montant de l'apport effectué.
82. La Demanderesse explique qu'il ressort clairement du dossier que les autorisations nécessaires pour sa prise de participation dans la BFT avaient été sollicitées et obtenues, et que cette participation a fait l'objet d'un agrément. L'argument de la Défenderesse selon lequel il s'agissait d'un investissement réalisé en dehors du cadre du Code des investissements est insoutenable et conduit au résultat qu'il pourrait y avoir en Tunisie des investissements soumis à une législation différente du Code qui ne bénéficient pas des avantages de ce Code. En tout état de cause, la décision d'avantages fiscaux du 11 novembre 1981 vise la Loi de 1969.

83. Selon la Demanderesse, l'agrément visé par le Code est de portée générale et s'applique à tous les investissements puisqu'en cas contraire il y aurait des investissements non autorisés, ce qui aurait été en contradiction avec la politique économique de la Tunisie à l'époque. Une fois l'agrément obtenu, il permet de bénéficier de tous les avantages du Code, y compris la garantie juridictionnelle de l'article 20.
84. La Demanderesse soutient que la société ABCI et le Gouvernement tunisien se sont mis d'accord sur les conditions de la prise de participation d'ABCI dans le capital de la BFT et que, par décision du 23 mars 1982, le Gouvernement a expressément donné son agrément à concurrence de 50% du montant du capital de la BFT⁶¹. D'autres conditions faisaient référence aux circonstances d'augmentation du capital ou aux décisions concernant la réduction du capital étranger, circonstances qui ne sont pas intervenues en l'espèce. Suite à la demande de garanties juridiques, la Défenderesse a fait expressément référence à l'article 20 du Code des Investissements⁶², garantie qui ne peut pas être retirée par la Défenderesse.
85. C'est cet engagement irrévocable de se soumettre à l'arbitrage du CIRDI qui est à la base du consentement des deux parties à l'arbitrage. En effet, l'agrément délivré par le Gouvernement suite à la demande d'ABCI suffit pour établir le consentement requis par l'article 25 de la Convention CIRDI, surtout au vu du fait que l'article 20 n'impose aucun formalisme. La Demanderesse s'appuie à cet effet sur la jurisprudence qui admet que l'Etat hôte peut donner son consentement de manière unilatérale dans sa loi⁶³. Les échanges intervenus entre les parties en 1986 contiennent aussi la position de la Demanderesse à propos des garanties, y compris le recours à l'arbitrage CIRDI⁶⁴, bien que l'article 20 n'ait pas été cité expressément.

⁶¹ Lettre du Ministère tunisien de la Planification et des Finances à ABCI du 23 avril 1982 (Pièce C-16).

⁶² Lettre du 23 avril 1982 de M. Bouden pour ABCI (Pièce C-17).

⁶³ Contre-Mémoire, paras. 237-260. *Tradex Hellas S.A. c. République d'Albanie* (Aff. CIRDI No. ARB/94/2), Décision sur la compétence, 24 décembre 1996 (ci-après « *Tradex*, Décision sur la compétence ») (Source R-46).

⁶⁴ Lettre de M. Bouden au Ministre des Finances du 20 octobre 1986 (Pièce C-38). Contre-Mémoire, paras. 266 et suivants.

86. La Demanderesse ajoute que bien que l'article 20 soit considéré comme une simple offre à l'arbitrage, celle-ci a été acceptée par l'investisseur à maintes reprises⁶⁵. La seule proposition d'un mécanisme d'arbitrage pour le règlement des différends serait en l'espèce suffisant pour exprimer le consentement de l'investisseur dans le contexte de l'article 20. Cette offre ne pouvait être abrogée par la Loi de 1993 et son acceptation par la voie du dépôt de la requête d'arbitrage est donc une constatation supplémentaire de l'acceptation de la Demanderesse.
87. Ayant admis que toutes les autorisations ont été délivrées et que l'article 20 était spécifiquement applicable à cet investissement, la Tunisie ne pouvait valablement le retirer ou le méconnaître, sans créer un cas d'estoppel. En outre, les droits acquis par la Demanderesse bénéficient d'un engagement législatif de stabilisation en vertu de l'article 3 de la Loi de 1969, qui interdit d'apporter des modifications imposant aux investissements agréés des conditions moins avantageuses. La protection des droits acquis par l'investisseur a été récemment confirmée dans des situations bien semblables, telle que dans l'affaire *Rumeli*⁶⁶.
88. La Demanderesse revient aussi longuement sur les circonstances de la participation du Prince Bandar dans le capital de la société ABCI et l'évolution de ses liens tant en ce qui concerne la société qu'en ce qui concerne le Gouvernement tunisien, pour arriver à la conclusion que cette participation n'était pas primordiale et n'a pas influé sur le montant des capitaux apportés. La Demanderesse nie toute allégation de fraude tant en fait qu'en droit, tout en soulignant en particulier les différences entre cette affaire et les cas *Inceysa*⁶⁷, *Plama*⁶⁸ et *Phoenix*⁶⁹. Cette allégation selon elle ne fut soulevée que pour se soustraire à la compétence du Centre.

⁶⁵ Lettre du Ministre des Finances à la BFT du 24 août 1984 (Pièce C-30) et Pièce C-38.

⁶⁶ *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. République du Kazakhstan* (Aff. CIRDI No. ARB/05/16), Sentence, 29 juin 2008 (ci-après « Sentence *Rumeli* ») (Source C-LA-172).

⁶⁷ *Inceysa Vallisoletana S.L. c. République du Salvador* (Aff. CIRDI No. ARB/03/26), Sentence, 2 août 2006 (Source R-82).

c. Conclusions du Tribunal

89. La question la plus difficile que le Tribunal a à résoudre est sans doute celle concernant le consentement des parties à l'arbitrage CIRDI dans le cadre de la Loi de 1969 portant Code sur les Investissements et les modifications intervenues par la suite. Le Tribunal prend note du débat entre les parties concernant la participation dans l'investissement en question et le retrait ultérieur du Prince Bandar de celui-ci. Il considère cependant que cette discussion n'a aucune incidence sur les droits et obligations des parties dans la mesure où un investissement a été réalisé et, comme tel, a déclenché toutes les conséquences juridiques prévues dans la législation tunisienne. Il est compréhensible que la participation du Prince Bandar ait soulevé des attentes quant à une relation économique et financière d'importance entre la Tunisie et l'Arabie Saoudite, mais l'investissement en question constitue une opération autonome et concrète, qui ne saurait être assimilée à un rapport *intuitu personae* et qui ne comprenait pas non plus d'engagements juridiques à long terme au-delà de l'opération de prise de participation dans la BFT.
90. Le Tribunal commence son examen en prenant note que les parties sont d'accord sur le fait qu'un consentement est nécessaire pour mettre en œuvre une procédure d'arbitrage CIRDI conformément aux dispositions de l'article 25 de la Convention de Washington. Les points de vue des parties s'opposent sur la manière dont ce consentement doit être exprimé et les éventuelles conditions formelles requises à cet effet.
91. 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.

⁶⁸ *Plama Consortium Limited c. Bulgarie* (Aff. CIRDI No. ARB/03/24), Sentence, 27 août 2008 (Source R-80).

⁶⁹ Sentence *Phoenix*.

92. 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.
93. Une première question porte sur la date du consentement, c'est-à-dire le consentement *ratione temporis*. Il est bien établi que l'offre de consentement faite par l'Etat hôte, soit dans un TBI, soit dans sa législation nationale, doit être acceptée par l'investisseur tant que cette offre est en vigueur. L'offre peut en effet être retirée par l'État postérieurement tant qu'une acceptation n'est pas intervenue. C'est bien le sens exprès de la sentence *SPP* quand elle conclut que « *...the Tribunal notes that Egypt did not repeal Law No. 43 before the Claimants formally invoked ICSID jurisdiction, and indeed has still not repealed it* »⁷⁰.
94. On sait que, en l'espèce, la Loi de 1993 a abrogé celle de 1969 et a remplacé l'arbitrage CIRDI par la compétence des tribunaux tunisiens, sauf pour les exceptions prévues en son article 67. Il faut également tenir compte de l'exception des services financiers en ce qui concerne l'application générale de la Loi de 1993 qui se réfère dans son champ d'application à « *[d']autres activités et services non financiers* »⁷¹. Mais même en admettant que la Loi de 1993 s'applique à tous les investissements, il reste trois questions auxquelles il faut répondre. Premièrement, l'offre de l'article 20 a-t-elle survécu à l'abrogation générale de la Loi de 1969 ? Deuxièmement, si la réponse est affirmative, l'offre a-t-elle été acceptée par la requête d'arbitrage CIRDI en 2003 ? Et troisièmement, si la réponse est négative, le consentement de l'investisseur est-il intervenu avant l'abrogation de la Loi de 1993 ?

⁷⁰ *SPP c. Egypte*, Décision sur la compétence, para. 66. Me Michou, Transcription, 24 juin, p. 24.

⁷¹ Prof. Juillard, Transcription, 24 juin, p. 25.

95. Si l'argument de la Défenderesse selon lequel l'article 5 de la Loi de 1993 indique que « [s]ont abrogées toutes dispositions antérieures contraires à la présente loi et notamment ... [l]a loi No. 69-35 du 26 juin 1969 portant code des investissements » est confirmé par le texte, surtout à la lumière du fait que lorsque le législateur tunisien a seulement voulu faire une abrogation partielle d'autres lois il l'a indiqué de manière expresse⁷², le fait que l'article 67, invoqué par la Demanderesse, contient des exceptions qui permettent la survie des procédures de règlement de différends, n'en est pas moins certain.
96. En effet, l'article 67 de la Loi de 1993, tout en établissant la compétence des tribunaux tunisiens, fait exception, parmi d'autres cas, des accords bilatéraux de protection des investissements et de la Convention CIRDI. Ceux-ci subsistent après l'abrogation de la Loi de 1969 tant à cause de l'exclusion indiquée que du fait qu'une loi nationale ne saurait déroger à des engagements internationaux.
97. Cependant pour arriver à une conclusion, il faut aussi prendre en compte le fait que l'application de ces instruments exige de le faire conformément à leurs propres dispositions juridictionnelles. C'est à partir de cette exigence que l'on revient au principe bien établi par la jurisprudence indiquée ci-dessus, selon lequel l'offre d'arbitrage doit être acceptée tant que celle-ci est en vigueur. C'est aussi la solution qui prévaut parmi les auteurs qui se sont penchés sur cette question⁷³.
98. S'agissant d'une offre faite dans la Loi de 1969, son acceptation devait par conséquent intervenir tant que la Loi était en vigueur, soit avant son abrogation en 1993. A l'exception du cas d'une offre acceptée avant l'entrée en vigueur de la Loi de 1993, celle-ci aura pour effet de remplacer cette offre par la compétence des tribunaux tunisiens. La Loi de 1993 ne contient pas non plus d'article équivalent à l'article 1 de la Loi de 1969 permettant que les investissements réalisés avant l'entrée en vigueur du Code puissent jouir de ses dispositions sur demande⁷⁴. La consultation des Professeurs Knani, Charfeddine et

⁷² Me Michou, Transcription, 23 juin, p. 19.

⁷³ Me Michou, Transcription, 23 juin, pp. 22-23 (avec référence à Schreuer, Dolzer et Stevens et Manciaux).

⁷⁴ Me Michou, Transcription, 23 juin, p. 20.

Chedly du 5 mai 2009, introduite par la Défenderesse, est convaincante en ce qui concerne l'effet de la Loi de 1993 dans le temps. Cette consultation arrive aussi à la conclusion que « *il ne serait pas inutile de préciser que lorsque le législateur de 1993 a voulu laisser une place à l'application de la loi ancienne quant aux situations présentes et futures, à propos d'autres investissements, il l'a prévu expressément* »⁷⁵.

99. Il s'ensuit que la réponse à la première question posée est négative, c'est-à-dire que l'article 20 de la Loi de 1969 ne peut survivre à son abrogation, et une acceptation ne peut pas intervenir s'agissant d'une offre qui n'existe plus. La réponse à la deuxième question est également négative car une acceptation postérieure à l'abrogation, soit en 2003, soit à une autre date, sera dépourvue d'effets comme expression d'un consentement à l'arbitrage. L'introduction de la requête d'arbitrage auprès du CIRDI en 2003, comme on le verra dessous, n'est pas l'expression du consentement comme c'est fréquemment le cas, mais se rattache à l'exercice d'un droit acquis par la voie d'un consentement antérieur.
100. Reste donc la troisième question : le consentement de l'investisseur a-t-il été exprimé tandis que l'article 20 de la Loi de 1969 était en vigueur ? La réponse à cette question repose plutôt sur une recherche factuelle que sur une analyse juridique. Le dossier est riche en documents qui permettent d'aboutir à une réponse positive à cet égard.
101. La Demanderesse explique que l'investissement de la société ABCI a parcouru diverses procédures qui forment un ensemble, les unes concernant la prise de participation dans la BFT par la voie de l'achat d'actions, comme reflété par exemple dans les documents relatifs au montant d'actions acquises⁷⁶, et les autres concernant la matérialisation de l'investissement du point de vue juridique et des garanties qui lui seraient applicables. La thèse de la Demanderesse selon laquelle la Loi de 1969 constitue un acte unilatéral au sens du droit international n'est pas soutenable tant à cause de la nature distincte de ces

⁷⁵ Consultation du 5 mai 2009, page 6, soumis avec la Réponse de la Défenderesse.

⁷⁶ Procès-verbal de la réunion de l'assemblée générale extraordinaire de la BFT du 18 juin 1981 délibérant sur son augmentation de capital et sur les conditions afférentes (Pièce C-12) ; Procès-verbal du 30 octobre 1981 de la réunion du Conseil d'administration de la BFT (Pièce C-186).

actes, que du recours de l'investisseur aux procédures prévues par la législation tunisienne.

102. Dans ce contexte, le Tribunal doit prendre note que, comme soutenu par la Demanderesse, la Tunisie a entrepris les démarches nécessaires pour rechercher des investisseurs internationaux qui pouvaient satisfaire le besoin de recapitalisation du secteur bancaire étatique en cours de privatisation, au nombre desquels était la société ABCI, comme expliqué par l'attestation du Premier Ministre de l'époque⁷⁷. La Demanderesse n'est donc pas apparue soudainement au cours de l'opération d'investissement et elle a dû procéder à des échanges détaillés avec le Gouvernement pour obtenir les autorisations nécessaires et demander les garanties envisagées.
103. La recherche de l'accord du Gouvernement pour cette opération est également bien démontrée dans le dossier. Le Président de la BFT explique par exemple que le document attestant l'accord de souscription d'actions a été rédigé « *après avoir requis l'accord des autorités compétentes* »⁷⁸. La BFT a approuvé la souscription « *sous réserve d'obtention de l'agrément de l'investissement octroyé par les autorités tunisiennes* »⁷⁹. D'autres documents établissent une démarche similaire auprès des autorités tunisiennes⁸⁰.
104. La question de savoir si toutes ces démarches concernaient uniquement la garantie d'avantages fiscaux demandés par la société ABCI, ou bien si celles-ci couvraient aussi d'autres garanties offertes sous la Loi de 1969, s'est également posée dans la discussion des parties. Selon la Défenderesse, les entretiens concernaient seulement les avantages fiscaux, tandis que la Demanderesse est d'avis que toutes les garanties visées par la Loi de 1969 étaient concernées. Le dossier contient de nombreux documents établissant que telle était bien la situation et que l'argument de la Demanderesse doit être retenu. Il faut

⁷⁷ Déclaration écrite de Mohamed Mzali, ancien Premier Ministre tunisien, en date du 15 novembre 2000 (Pièce C-104).

⁷⁸ Procès-verbal de police d'audition de M. Bel Hassen Riahi par la police tunisienne en date du 12 décembre 1989 (Pièce C-87).

⁷⁹ Lettre de M. Riahi, Directeur Général de la BFT, à M. A. Bouden du 12 novembre 1981 (Pièce R-4).

⁸⁰ Lettre du 4 décembre 1981 de M. Riahi au Ministre du Plan et des Finances (avec lettre du 30 décembre 1981) (Pièce C-195).

tenir compte en particulier de la lettre de la Demanderesse adressée au Ministre du Plan et des Finances en date du 15 avril 1982 qui indique « *[w]e are expecting to receive from you a confirmation of the Guarantee of our investment and the Guarantee of its re-transfer and of the export of its benefits...* »⁸¹. Les garanties recherchées par ABCI étaient bien évidemment cumulatives.

105. La décision gouvernementale d'octroi d'avantages fiscaux datée du 11 novembre 1981, fait bien une référence expresse à la Loi de 1969⁸². Le fait que les avantages fiscaux soient liés à l'augmentation du capital de la BFT est aussi mis en évidence par une lettre de la BFT au Ministre du Plan et des Finances du 13 novembre 1981⁸³. Des références spécifiques ont été aussi faites à l'article 20 de la Loi au cours des procédures judiciaires conduites en 1990 et 1991⁸⁴. Même s'il est vrai que dans plusieurs échanges entre les parties, les garanties relatives à la législation des changes de la Loi No. 76-18⁸⁵ étaient le sujet principal de la discussion, il n'en est pas moins vrai que ceci n'excluait pas les autres garanties prévues dans la Loi de 1969, exclusion qui aurait requis pour le moins une mention expresse de l'investisseur. Par ailleurs, le fait que la Loi de 1969 prévoit aussi des garanties en matière de contrôle de changes n'empêche pas de demander l'assujettissement à un régime particulier, comme celui de la Loi des changes. Il s'agit plutôt de régimes complémentaires qui ne s'excluent pas mutuellement. Ceci est confirmé par la référence faite dans la décision d'avantages fiscaux du 11 novembre 1981 mentionnée ci-dessus à la décision de la Commission Nationale des Investissements dont l'avis est requis par l'article 5 de la loi de 1969 pour l'octroi à l'investisseur « *des garanties ou avantages non prévus par le présent Code* ».

⁸¹ Pièce C-15.

⁸² Décision du Ministre de l'Economie et des Finances du 11 novembre 1981 (Pièce C-14).

⁸³ Lettre du 13 novembre 1981 de M. Riahi de la BFT au Ministre du Plan et des Finances (Pièce C-188).

⁸⁴ Réponse en justice de Me Selmi du 8 mai 1990 dans l'affaire n°27450/15 (Pièce C-506) ; Réponse en justice de Me Chaffi du 22 mai 1991 dans l'affaire n° 36003 (Pièce C-507).

⁸⁵ Loi No. 76-18 du 21 janvier 1976 portant refonte et codification de la législation des changes et du commerce extérieur régissant les relations entre la Tunisie et les pays étrangers (Pièce C-11).

106. A ce stade, le Tribunal doit s'interroger sur la question de savoir si le Code de 1969 s'applique, comme le soutient la Défenderesse, uniquement aux entreprises industrielles visées par l'article 7 ayant obtenu l'agrément du Gouvernement conformément aux dispositions de l'article 2 de la Loi, conditions que la société ABCI, selon la Défenderesse, ne remplit pas en l'espèce. Le Tribunal considère, premièrement, que les arguments de la Demanderesse, selon lesquels le Code vise tous les investissements en Tunisie pouvant jouir des bénéfices prévus selon leur classification, sont convaincants⁸⁶. La décision sur les avantages fiscaux mentionnée précédemment confirme aussi la compétence de la Commission Nationale des Investissements concernant l'instruction « *des demandes d'avantages présentées par les entreprises non manufacturières* ». Il est certain qu'il peut y avoir éventuellement des investissements non régis par le Code, qui n'ont droit à aucun avantage, mais au vu de l'économie tunisienne de l'époque, il s'agit d'une hypothèse plutôt exceptionnelle.
107. Par ailleurs, les avantages invoqués par la Demanderesse ne concernent pas uniquement les questions de changes, mais une multitude de conditions relatives à la protection de l'investissement dans son ensemble, ce qui ne fait qu'accroître la crédibilité de l'argument selon lequel le Code était le fondement des demandes de garanties. Même en matière de garantie de re-transfert de l'investissement dans le contexte de la législation de changes, on retrouve le souci relatif à la nationalisation, l'expropriation ou l'annulation de l'autorisation de participation⁸⁷, garantie qui a d'ailleurs été accordée par le Gouvernement⁸⁸.
108. 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

⁸⁶ Prof. Juillard, Transcription, 24 juin, p. 13.

⁸⁷ Pièce C-17.

⁸⁸ Lettre du 2 juillet 1982 de la BCT à l'attention d'ABCI (Pièce C-18).

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 permettent 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 haut⁸⁹ ne peut se concevoir que comme une manifestation de la demande d'agrément.

109. La pièce clé à ce sujet est la lettre No. 300 adressée par le Ministère du Plan et des Finances au Prince Bandar en date du 23 avril 1982⁹⁰, dont la portée a fait l'objet d'un long débat entre les parties. Cette lettre contient l'accord du Gouvernement sur les garanties requises. En effet, cette lettre indique dans sa partie pertinente ce qui suit : « *J'ai l'honneur de vous informer que le gouvernement tunisien a donné son accord pour la souscription de l'Arab Business International Finance and Investment Company ... au capital de la banque Franco-Tunisienne ...* ». La Demanderesse soutient qu'à partir du texte arabe de cette lettre, la traduction correcte en français est le terme « *agrément* », à savoir le même terme que celui qui est utilisé dans la Loi de 1969. Cependant, pour la Défenderesse, la traduction correcte est celle d'« *accord* ». Des rapports d'experts ont été introduits par chaque partie et parviennent à des conclusions divergentes sur ce que signifie le verbe « *touafikou* » ou le substantif « *mouwafaka* » dans la lettre en arabe, comparés avec le substantif « *moussadaka* » utilisée dans la Loi.

110. Même si le terme « accord » a plus de sens dans le contexte de la lettre, qu'il s'agisse d'un agrément, d'un accord ou d'une autorisation, ce dernier terme étant utilisé dans le bulletin de souscription signé le même jour⁹¹ et dans d'autres documents⁹², il n'existe pas

⁸⁹ Pièce C-15.

⁹⁰ Pièce C-16.

⁹¹ Bulletin de souscription du 23 avril 1982 d'ABCI au capital de la BFT (Pièce C-488).

⁹² Lettre de la société ABCI à l'attention du Ministre du Plan et des Finances en date du 15 avril 1982 (Pièce C-15).

une différence juridique pouvant conduire à une autre conclusion. Il est tout à fait suffisant qu'un Gouvernement exprime son accord ou donne son autorisation pour établir un engagement juridique. Il faut également noter que compte tenu du fait que la participation autorisée a été de cinquante pour cent du capital, une augmentation substantielle de participation n'était pas possible « *sans l'autorisation préalable du gouvernement tunisien* »⁹³.

111. La question de savoir si l'agrément ou l'accord était provisoire ou définitif a aussi fait l'objet d'un débat. En effet, il y a dans le dossier des documents qui font référence à des « *accords de principe* »⁹⁴, et d'autres qui indiquent que l'investissement fait l'objet d'un « *agrément* » qui vise tous les éléments juridiques de l'opération⁹⁵. La procédure suivie prévoit tant un agrément de principe qu'un agrément définitif selon les explications apportées par la Demanderesse en cours d'audience suite à une question du Tribunal⁹⁶. Tout 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. La conclusion inévitable est que l'opération de l'investissement a donc été approuvée par le Gouvernement et que cette approbation s'insère dans le contexte d'un ensemble de garanties qui sont prévues par la Loi de 1969. Le Gouvernement tunisien reconnaît avoir autorisé l'investissement dans la BFT⁹⁷. En effet, par télex du Directeur Général du Trésor auprès du Ministère des Finances, en date du 14 février 1984⁹⁸, l'investisseur était informé que « *[l']investissement réalisé par votre participation au capital de la B. F. T. fait l'objet d'un agrément ... [qui] définit les modalités de l'investissement et le bénéficiaire des avantages accordés, en indiquant ses droits et ses obligations...* »⁹⁹.

⁹³ Lettre No. 300 du 23 avril 1982 (Pièce C-16).

⁹⁴ Pièce C-14 ; Lettre du 4 décembre 1981 du PDG de la BFT au Ministre du Plan et des Finances (avec lettre du 30 décembre 1981) (Pièce C-195).

⁹⁵ Pièce C-30.

⁹⁶ Prof. Juillard, Transcription, 24 Juin, pp. 16-17.

⁹⁷ Pièce C-104.

⁹⁸ Pièce C-30.

⁹⁹ Pièce C-30.

112. Il s'agit donc d'un investissement protégé par la Loi de 1969 ayant obtenu l'agrément requis par celle-ci.
113. La question qui reste à trancher est celle de savoir si l'offre d'arbitrage CIRDI contenue à l'article 20 de la Loi a été acceptée par la Demanderesse, et si cette acceptation est intervenue pendant que l'offre était en vigueur. Il 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 conséquent à des droits réciproques pour chaque partie.
114. Le Tribunal n'a pas de doute quant à l'importance du consentement comme condition fondamentale de sa compétence. Le seul fait que l'arbitrage soit prévu dans la législation nationale n'est pas en principe suffisant pour établir l'accord nécessaire à cet effet. Cette offre doit être suivie d'une acceptation de l'investisseur. Comme expliqué par le Prof. Schreuer « ...*the mere existence of such a provision in national legislation will not suffice. The investor may accept the offer in writing at any time...* »¹⁰⁰.
115. Cette acceptation ne s'exprime pas d'une seule manière. Normalement, une acceptation écrite peut s'exprimer dans une lettre formelle. Mais, il peut y avoir aussi d'autres manifestations écrites qui sont indicatives de la volonté de l'investisseur à cet égard. 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.
116. 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.

¹⁰⁰ C. Schreuer, « Consent to Arbitration », in *The Oxford Handbook of international investment law*, Oxford University Press, p. 831 (Source R-14).

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 1982¹⁰¹, et le Gouvernement a donné son agrément exprès en date du 23 avril 1982¹⁰². 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.

117. Même si parfois la correspondance n'est pas dépourvue de doute quant à la portée de quelques requêtes ou leurs réponses, ce qui n'est pas étonnant vu le fait qu'à l'époque de ces événements la pratique et la jurisprudence de l'arbitrage en matière d'investissements n'était pas assez développée, ce qui importe en définitive est d'avoir la certitude que les deux parties ont exprimé leur volonté de parvenir à un accord sur l'opération de l'investissement, ses conditions et ses garanties. Plusieurs autres documents du dossier démontrent cette volonté, comme notamment la confirmation des garanties applicables dans le procès-verbal du 7 juin 1984. Ce procès-verbal donne à l'investisseur la réponse suivante : « *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 aux règlements des différends entre tout investisseur étranger et l'Etat tunisien* ». Dans le même sens, le document ajoute que « *...l'investisseur étranger peut recourir à l'arbitrage pour faire valoir ce qui lui paraît être son droit* »¹⁰³. Or, l'arbitrage CIRDI était l'une des garanties centrales prévues dans l'article 20 de la Loi de 1969.

¹⁰¹ Pièce C-15.

¹⁰² Pièce C-16.

¹⁰³ Pièce C-30.

118. Bien que la Défenderesse soutienne que cette communication n'est qu'un avis erroné d'un fonctionnaire¹⁰⁴, il n'en demeure pas moins certain que l'investisseur demandait des garanties juridictionnelles et que l'Etat a reconnu leur application en vertu de l'article 20. Dans ce contexte, on ne saurait ignorer que les deux parties partageaient le même esprit et la même volonté de soumettre leurs différends à l'arbitrage. Le consentement était donc manifeste. 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. Une fois que le droit à l'arbitrage CIRDI a été acquis par la voie de la protection agréée en 1982, visant l'ensemble des garanties de la Loi de 1969, ce droit ne pouvait pas être retiré par la Loi de 1993.
119. 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*¹⁰⁵, 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.
120. Plusieurs auteurs ont conclu que le consentement dans le cadre d'une offre faite dans la législation d'un Etat peut être perfectionnée « *by filing of a licence application with the relevant State authorities* »¹⁰⁶, tout comme par « *[a] mere application, if under the national law the successful applicant automatically gets specified benefits including access to an*

¹⁰⁴ Me Kaplan, Transcription, 23 juin, p. 49.

¹⁰⁵ *American Manufacturing and Trading, Inc. c. Zaire* (Aff. CIRDI No. ARB/93/1), Sentence, 21 février 1997.

¹⁰⁶ L. Reed, J. Paulsson, N. Blackaby, *Guide to ICSID Arbitration*, Kluwer, 2004, p. 38 (Source C-LA-148).

arbitral institution »¹⁰⁷, y inclus l'accès à l'arbitrage CIRDI prévu dans la législation pertinente¹⁰⁸.

121. L'un des auteurs ayant le plus d'expérience en matière de règles, de jurisprudence et de pratique du CIRDI, Antonio Parra, a écrit ce qui suit à cet égard, comme le rappelle la Demanderesse : « *Some other investment laws spare the investor from having specifically to ask to benefit from the State's consent to arbitration in the law. This approach is exemplified by the 1985 investment law of Togo. Its "advantages" are open to investors that have submitted to and had approved by the government applications for admission under the law. The "advantages" of the law include its provisions on the settlement of disputes between the government and investors. These state that if such a dispute cannot be settled amicably, it "is" finally resolved by ICSID arbitration. This obviously represents consent to arbitration on the part of the host State in respect of disputes with investors that have gained admission under the law. The categorical language of the above quoted provision on ICSID arbitration assumes consent on the part of the investor, also. Such consent may be inferred from the application for admission and for the "advantages" of the investment law, even if the application does not specifically mention the settlement of disputes.* »¹⁰⁹.

122. Certes, il existe des différences d'une loi à l'autre. La Défenderesse indique que la Loi togolaise mentionnée dans cet article ne vise que l'arbitrage CIRDI, tandis que celle de la Tunisie prévoit un choix. La loi togolaise dispose aussi que le différend « est soumis » à l'arbitrage CIRDI¹¹⁰. Cependant pour le Tribunal, le contexte dans lequel le consentement s'exprime doit prévaloir. En l'espèce, même si le consentement se fonde sur un échange de lettres, telles que la demande et l'agrément mentionnés ci-dessus, celles-ci démontrent que les deux parties ont consenti à l'arbitrage comme méthode de règlement de leurs

¹⁰⁷ C. Dugan, D. Wallace, N. Rubins and B. Sabahi, *Investor-State Arbitration*, Oxford University Press, 2008, p. 222 (Source C-LA-124).

¹⁰⁸ C. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2009, para. 420, p. 203 (Source C-LA-104).

¹⁰⁹ A. R. Parra, « Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment », Vol. II, 12 *ICSID Rev.*, *Foreign Investment Law Journal*, 1997, p. 318 (Source C-LA-91).

¹¹⁰ Considérations préliminaires sur le déclinatoire de compétence, 8 juillet 2008, p. 12.

différends à une date précise et que les garanties prévoient l'arbitrage CIRDI expressément. Un compromis ou une clause compromissoire additionnelle seraient tout à fait redondants.

123. En arrivant à cette conclusion, le Tribunal doit encore s'interroger sur le consentement en relation avec des dates postérieures. La première interrogation porte sur le fait que le différend a été soumis à l'arbitrage CIRDI seulement en 2003, environ vingt ans après que le consentement ait été manifesté de la manière indiquée précédemment. Même si les parties s'opposent sur l'effet de la requête d'arbitrage sur le consentement et son caractère tardif, la véritable question est de savoir s'il est possible d'accepter l'offre d'arbitrage à un moment donné et de saisir le CIRDI des années plus tard. Selon le Tribunal, rien ne peut empêcher une telle opération juridique car une fois que le consentement se manifeste en relation avec un différend, le recours à l'arbitrage devient obligatoire, et le moment pour initier les procédures correspondantes peut être choisi par la partie demanderesse, sauf en cas de restriction expresse. Il n'est pas inconcevable non plus que le consentement puisse se manifester de manière générique en s'appliquant à tous les différends pouvant surgir à l'avenir, particulièrement quand l'offre gouvernementale est contenue dans une loi.
124. C'est ce qu'explique le fait que la date de l'acceptation de l'offre identifiée et la date ultérieure de la requête d'arbitrage CIRDI soient séparées par une longue période. Ceci n'exclut pas le devoir d'avertir l'Etat de l'existence du différend en vue d'obtenir une solution amiable, exigence présente dans la plupart des traités bilatéraux d'investissements et qui peut être considérée dans ce contexte comme applicable aussi aux différends qui surgissent aux termes de la Loi, avertissement qui en l'espèce a eu lieu de manière surabondante.
125. La deuxième interrogation concerne à nouveau les effets de la Loi de 1993. L'article 3 de la Loi de 1969 établit que « *[l]es modifications éventuellement apportées au présent Code ne pourront imposer aux investissements agréés des conditions moins avantageuses* ». Dès lors qu'un investissement a obtenu un agrément et qu'un droit a été acquis sous

l'empire de la Loi de 1969, cette décision et ses effets juridiques pouvaient-ils être abrogés par la Loi de 1993 ? La réponse à cette question est bien évidemment négative.

126. Le Professeur Prosper Weil a exprimé ses doutes sur le respect du pouvoir normatif de l'Etat¹¹¹, qui devra toujours être pris en considération¹¹². Cependant, il faut tenir compte du fait qu'une telle offre n'affecte en rien la souveraineté législative de l'Etat hôte, qui pourra édicter de nouvelles lois, comme la Tunisie l'a fait en 1993. En revanche, il n'est pas possible d'agir à l'encontre de droits acquis avant la mise en œuvre de la modification ou de l'abrogation, ce qui est normal tant à la lumière du droit national que du droit international, que le droit ait été acquis en vertu d'un contrat ou d'une loi. Si le consentement a été formé alors que l'article 20 était en vigueur, le droit de l'investisseur à l'arbitrage a été acquis pour les différends existants ou à venir. La Loi de 1993 ne pouvait changer cette stabilité applicable aux engagements acquis avant son entrée en vigueur, elle pouvait seulement le faire dans l'avenir.
127. Les parties ont débattu aussi de l'implication de l'affaire *Rumeli* dans ce contexte, surtout à la lumière de la conclusion du tribunal qui souligne, en s'appuyant sur la bonne foi et l'estoppel : « *it is also well established in international law that a State may not take away accrued rights of a foreign investor by domestic legislation abrogating the law granting these rights* »¹¹³. S'il est admis que dans ce cas-là, il n'y avait pas seulement une disposition législative mais aussi un contrat qui contenait un type de clause de stabilisation¹¹⁴, il n'en demeure pas moins certain que le principe sous-jacent de ne pas affecter les droits acquis est d'application générale.
128. Les conditions requises par le droit international pour établir l'estoppel sont strictes dans la lignée du jugement de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Temple de Preah*

¹¹¹ P. Weil, « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique », Mélanges Rousseau, Paris, Pédone, 1974, p. 306 (Source R-110).

¹¹² Me Michou, Transcription, 23 juin, p. 25.

¹¹³ Sentence *Rumeli*, para. 335.

¹¹⁴ Me Michou, Transcription, 23 juin, p. 28.

*Vihear*¹¹⁵, ce qui peut rendre plus difficile de conclure à l'existence d'un cas d'estoppel dans le cas d'espèce. En tout état de cause, le principe sous-jacent de la bonne foi joue certainement un rôle important. Que la conclusion dans *Rumeli* soit qualifiée de *obiter dictum* par la Défenderesse¹¹⁶ ou de source à tenir en compte par la Demanderesse¹¹⁷, le fait est que celle-ci reflète un principe de droit bien établi, valable comme indiqué précédemment tant en droit international qu'en droit national. Une abrogation peut toujours intervenir comme expression d'un pouvoir souverain, mais si un droit acquis est affecté alors l'acte en question ne peut être considéré juridiquement valable et donne lieu aux conséquences d'un acte illicite, y incluse la restitution et la compensation, qui se rattachent à la responsabilité de l'Etat pour cet acte illicite.

129. Il peut être soutenu que les « *modifications* » visées par la Loi de 1969 sont différentes d'une abrogation, mais cela ne change en rien la stabilité envisagée par cette Loi, au contraire celle-ci est réaffirmée face à un risque de déstabilisation majeure résultant d'une abrogation. Il peut aussi être soutenu qu'une garantie juridictionnelle comme celle de l'arbitrage est différente d'une garantie substantive applicable à l'investissement comme les avantages prévus par la Loi de 1969, mais cela ne change pas non plus le fait que la garantie de l'arbitrage de l'article 20 est une garantie centrale des investissements faits, plus importante encore que les autres avantages prévus¹¹⁸.
130. Il ressort clairement du dossier que l'investisseur a expressément sollicité la garantie de pouvoir saisir le CIRDI¹¹⁹, en cas de différend quelconque actuel ou futur, y compris au cours des négociations. La garantie principale qui a été sollicitée est « *the ruling of completely independent arbitration in an International court* »¹²⁰, et l'éventuelle application du TBI conclu avec le Royaume-Uni. Tout ceci indique clairement que l'investisseur

¹¹⁵ *Affaire du Temple Preah Vihear, (Cambodge c. Thaïlande)*, Fond, Arrêt du 15 juin 1962, CIJ. Recueil 1962, p. 6 (Source C-LA-18).

¹¹⁶ Me Michou, Transcription, 23 juin, p. 28 ; Me Kaplan, p.32.

¹¹⁷ Prof. Juillard, Transcription, 24 juin, p. 26.

¹¹⁸ Prof. Juillard, Transcription, 24 juin, p. 23.

¹¹⁹ Pièce C-38.

¹²⁰ Lettre d'ABC I (Keith Watson) au Ministre des Finances de la République Tunisienne datée du 8 novembre 1990 (Pièce C-411).

cherchait, par une voie ou par une autre, la protection de l'arbitrage CIRDI, sans qu'une telle demande puisse être considérée comme excluant une autre requête faite dans le même sens. Sans une garantie de ce type, l'investissement est de fait dépourvu de la protection offerte par la Loi.

131. Il faut encore tenir compte d'un autre aspect de l'article 20 dans ce contexte. On sait que cet article envisage des procédures d'arbitrage, soit aux termes des accords de protection des investissements, soit sous la Convention CIRDI. L'investisseur a uniquement un choix si, au moment d'exprimer son consentement, ces alternatives sont disponibles. Comme on le verra ci-dessous, la disponibilité d'un TBI n'était pas évidente à l'époque. Le seul mécanisme qui était clairement disponible était celui de la Convention CIRDI aux termes de la Loi et c'est là le choix qui a été fait, comme indiqué par l'abondante correspondance intervenue entre les parties.
132. Les conclusions exprimées ci-dessus confirment que, comme il a déjà été mentionné¹²¹, 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.
133. Le Tribunal conclut donc qu'il est compétent pour connaître de ce différend au titre de la Loi tunisienne de 1969 portant Code des investissements.
134. Par ailleurs, et concernant la date du consentement retenue, le Tribunal doit aussi tenir compte du fait qu'à la date du consentement à l'arbitrage CIRDI, soit le 23 avril 1982, la société ABCI était constituée aux Iles Caïmans, territoire sous juridiction britannique. Vu que le Royaume-Uni a étendu son acceptation de la Convention de Washington aux Iles Caïmans, le Tribunal est donc également compétent *ratione personae* au sens de l'article 25 de cette Convention.

¹²¹ Voir *supra*, para. 119.

135. Madame le Professeur Brigitte Stern ne partage pas l'avis de la majorité du Tribunal sur ce chef de compétence. Son opinion dissidente est jointe à cette décision.

4.3 La compétence au titre du Traité Bilatéral d'Investissements entre les Pays-Bas et la Tunisie de 1998

136. Le deuxième chef de compétence invoqué par la Demanderesse se fonde sur les dispositions du Traité Bilatéral d'Investissements entre les Pays-Bas et la Tunisie de 1998 (ci-après le « TBI »). La Défenderesse s'oppose aux arguments de la Demanderesse à cet égard, débat dont le Tribunal fera la synthèse ci-dessous avant d'arriver à ses conclusions.

137. L'article 8 dispose :

« Each Contracting Party hereby consents to submit any legal dispute arising between that Contracting Party and a national of the other Contracting Party concerning an investment of that national in the territory of the former Contracting Party to the International Centre for Settlement of Investment Disputes for settlement by conciliation or arbitration under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States opened for signature at Washington on 18 March 1965. [...] ».

a. Les arguments de la Défenderesse

138. La Défenderesse considère que la Demanderesse ne peut bénéficier du Traité indiqué parce que ni les conditions de compétence *ratione temporis*, ni les conditions de compétence *ratione personae* exigées n'ont été remplies en l'espèce.

139. En ce qui concerne la compétence *ratione temporis* du Tribunal, la Défenderesse soutient qu'en vertu de l'article 12(5) du TBI celui-ci ne régit pas les différends nés avant son entrée en vigueur, qui est intervenue le 1^{er} août 1999. Cet article dispose : *« Disputes arisen before the entry into force of the present Agreement shall continue to be ruled by the Agreement of May 23, 1963 »*. Le fait que cette disposition ne suive pas immédiatement les articles concernant le règlement des différends n'implique pas qu'elle

s'applique uniquement à des questions concernant le fond, comme le soutient la Demanderesse.

140. Une abondante jurisprudence arbitrale a interprété des clauses similaires dans le même sens¹²². Ce point de vue est confirmé par l'article 8 du TBI dans la mesure où la compétence du CIRDI est consentie par les parties à l'égard de « *any legal dispute arising* » entre les parties, formule qui est aussi interprétée par les tribunaux comme excluant les différends surgis avant l'entrée en vigueur du traité en question¹²³.
141. En supposant qu'un différend existe en l'espèce, ce que rejette la Défenderesse, celui-ci s'est cristallisé avant la date d'entrée en vigueur du TBI, tant en ce qui concerne les désaccords que les aspects de droit et de fait. La Demanderesse a notifié sa position concernant le différend et les possibles approches pour son règlement avant la date d'entrée en vigueur, comme l'indique, par exemple sa correspondance adressée aux autorités tunisiennes en 1990¹²⁴. La jurisprudence *Tokio Tokelès* et *Tradex* a interprété ce type de notification comme indiquant l'existence d'un différend préalable¹²⁵. L'existence d'un différend est indépendante du fait de savoir si des arguments juridiques de droit international ou de droit des investissements ont été invoqués. La Demanderesse soutient que des arguments de droit international ont été invoqués au moment de sa demande de

¹²² *Helnan International Hotels A/S c. République arabe d'Égypte* (Aff. CIRDI No. ARB/05/19), Décision sur la compétence, 17 octobre 2006, para. 49 (Source R-37) ; *Jan de Nul*, Décision sur la compétence, para. 111 ; citant aussi dans le même sens *Emilio Agustín Maffezini c. Royaume d'Espagne* (Aff. CIRDI No. ARB/97/7), Décision sur la compétence, 25 janvier 2000 ; *Ioan Micula et Viorel Micula c. Roumanie* (Aff. CIRDI No. ARB/05/20), Décision sur la compétence, 24 septembre 2008 (ci-après « *Micula*, Décision sur la compétence »), para. 154 (Source C-LA-46).

¹²³ *Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. Royaume Hashémite de Jordanie* (Aff. CIRDI No. ARB/02/13), Décision sur la compétence, 9 novembre 2004 (ci-après « *Salini c. Jordanie*, Décision sur la compétence »), para. 170 (Source C-LA-27) ; *Impregilo S.p.A. c. Pakistan* (Aff. CIRDI No. ARB/03/3), Décision sur la compétence, 22 avril 2005 (ci-après « *Impregilo c. Pakistan*, Décision sur la compétence »), paras. 299-300 (Source R-40).

¹²⁴ Lettre de l'avocat d'ABCI à l'attention du Président de la République tunisienne du Ministre de l'Intérieur et du Ministre de la Justice du 25 septembre 1990 (Pièce C-93) ; Téléx d'ABCI au Premier Ministre et au Ministre des Finances du 8 novembre 1990 (Pièce C-94).

¹²⁵ *Tokios Tokelès c. Ukraine* (Aff. CIRDI No. ARB/02/18), Décision sur la compétence, 29 avril 2004 (ci-après « *Tokios*, Décision sur la compétence »), para. 107 (Source R-43) ; *Tradex*, Décision sur la compétence, para. 188.

médiation auprès de l'AMGI ; en outre, de tels fondements avaient été déjà invoqués dans sa correspondance de 1990.

142. La Défenderesse considère que l'Accord de 1963 ne contient pas une clause d'arbitrage CIRDI, et même si une référence à un tel arbitrage est contenue dans un échange de lettres de 1971¹²⁶, celle-ci n'est pas l'expression du consentement nécessaire, s'agissant d'une simple recommandation faite aux gouvernements.
143. Indépendamment de la date du différend, la Défenderesse soutient que le Tribunal ne peut connaître de violations antérieures à la date d'entrée en vigueur du TBI dans la mesure où ce dernier n'a pas un effet rétroactif. L'article 9 du TBI établit cette règle de manière expresse en disposant que : « *The provisions of this agreement shall apply to all investments which have been made in accordance with the laws and regulations of the contracting Party in the territory of which such investments are made after 1 January 1957* ».
144. La Défenderesse souligne que toutes les violations alléguées remontent aux années 1980 et au début des années 1990. A la lumière des principes applicables en matière de responsabilité de l'Etat¹²⁷, tels que confirmés par une abondante jurisprudence¹²⁸, le fait illicite est lié à l'obligation existante au moment où le fait se produit, sauf intention expresse des parties en sens contraire¹²⁹.
145. Contrairement à ce que la Demanderesse soutient, l'inapplicabilité temporelle du TBI n'est pas une question de fond, mais une question de compétence, comme décidé par la

¹²⁶ Echange de lettres entre la Tunisie et les Pays-Bas de 1971 (Pièce C-101).

¹²⁷ Commission du Droit International, Articles sur la responsabilité de l'Etat pour le fait internationalement illicite, 12 décembre 2001, article 13 (Source R-49).

¹²⁸ *Mondev International Ltd. c. États-Unis* (Aff. CIRDI No. ARB(AF)/99/2), Sentence, 11 octobre 2002 (ci-après « Sentence *Mondev* »), para. 68 (Source R-50) ; *Impregilo c. Pakistan*, Décision sur la compétence, para. 311 ; *Kardassopoulos*, Décision sur la compétence, para. 254.

¹²⁹ *Société Générale c. République Dominicaine* (Affaire LCIA No. UN 7927), Décision sur la compétence, 19 septembre 2008 (ci-après « *Société Générale c. République Dominicaine*, Décision sur la compétence »), para. 82 (Source R-54).

jurisprudence¹³⁰. En l'espèce, il n'y a aucune raison de joindre cette question de compétence au fond, comme dans *Kardassopoulos* car dans cette affaire le tribunal ne pouvait pas déterminer si les actes litigieux étaient antérieurs à l'entrée en vigueur du traité¹³¹.

146. Dans la mesure où le TBI est limité aux investissements des nationaux de l'autre partie contractante, la société ABCI ne peut invoquer la nationalité néerlandaise qu'à partir du moment où elle a acquis cette nationalité, ce qui n'a eu lieu que le 7 mai 2003 en vertu du transfert de son siège social des Iles Caïman aux Antilles néerlandaises, quelques mois avant de déposer sa requête d'arbitrage. Tous les événements dont se plaint la Demanderesse sont antérieurs à cette date et ils ne sauraient être qualifiés de « *faits illicites continus* », en particulier après le renoncement d'ABCI aux droits et actions que la société possédait par la signature du Protocole du 12 juin 1989¹³². En tout état de cause, il faut également tenir compte du fait que seuls les actes doivent être considérés, et non leurs éventuelles conséquences¹³³.

147. Quoi qu'il en soit, la Défenderesse affirme que la société ABCI ne remplit pas non plus les conditions de compétence *ratione personae* parce qu'elle ne rentre pas dans la catégorie des « *legal persons constituted under the law of [a] Contracting Party* », conformément aux dispositions de l'article 1 du TBI. En effet, ABCI a été constituée aux Iles Caïman en 1982, comme indiqué par le registre de commerce de Curaçao. Le siège social qu'elle a acquis en conséquence du transfert ne peut être retenu comme un critère indicatif de la nationalité aux termes du TBI. Le fait de se soumettre à la suite du transfert aux dispositions de la loi néerlandaise, comme allégué par la Demanderesse, est sans conséquence sur le lieu où elle a été constituée, qui demeure les Iles Caïman, faute de la

¹³⁰ *Salini c. Jordanie*, Décision sur la compétence, para. 176 ; *Impregilo c. Pakistan*, Décision sur la compétence, para. 314.

¹³¹ *Kardassopoulos*, Décision sur la compétence, paras. 257 et 260.

¹³² Document du 12 juin 1989 (Pièce C- 81).

¹³³ Commission du Droit International, Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, article 14, para. 6 (Source R-134).

constitution d'une nouvelle société aux Antilles néerlandaises - ce qui n'a pas été le cas en l'espèce.

148. La Défenderesse soutient également, à titre subsidiaire, que la société ABCI ne remplit pas non plus les conditions relatives à la nationalité, en particulier que sa requête n'est pas conforme aux règles du droit international coutumier concernant le principe de la continuité de la nationalité. En effet, la Demanderesse n'avait pas la nationalité néerlandaise au moment de la violation alléguée et l'a acquise seulement quelques mois avant de soumettre sa requête d'arbitrage, à partir de mai 2003, soit plus de dix ans après les événements faisant objet de la demande. Le TBI ne contient pas d'exception à cette règle de la protection diplomatique, qui s'applique également aux traités relatifs aux investissements. L'article 25(2) de la Convention CIRDI n'implique pas que la Demanderesse puisse ignorer les exigences du TBI.
149. La Défenderesse considère que l'exigence de la continuité de la nationalité entre la date de la violation alléguée et la date de soumission de la requête d'arbitrage, qui selon certains doit s'étendre jusqu'à la date de la sentence, est fondamentale précisément pour éviter la question du « *nationality shopping* ». Il n'y a aucune raison pour exclure les traités d'investissement de cette règle, sauf en cas d'incompatibilité avec ses dispositions, surtout que le « *nationality shopping* » se produit également dans ce contexte. La doctrine et la jurisprudence confirment cette exigence¹³⁴.
150. Le changement de nationalité intervenu en 2003 cherche à placer la société ABCI sous la protection du TBI Pays-Bas - Tunisie en l'absence d'un TBI applicable aux Iles Caïmans. Cette décision aurait également été motivée par l'intention d'échapper au paiement des frais de justice ordonné par les tribunaux anglais.

¹³⁴ Commission du Droit International, Rapport sur la protection diplomatique, 53ème Session (A/56/10), p. 548, para. 171, et Commission du Droit International, Projet d'articles sur la protection diplomatique, article 17, p. 96 (Source R-62) ; Harvard draft convention, article 22, dans L.B. Sohn et R.R. Baxter, « Responsibility of State for Injuries to the Economic Interests of Aliens », *American Journal of International Law* (Source R-65). *Société Générale c. République Dominicaine*, Décision sur la compétence, paras. 108-109.

151. Selon la Défenderesse, cette stratégie est constitutive d'une « fraude à la compétence », notion comparable à une « fraude à la loi »¹³⁵. L'affaire *Aguas del Tunari c. Bolivie*, invoquée par la Demanderesse, ne contredit pas l'argument de la Défenderesse puisque dans ce cas-là, les faits ne démontreraient pas l'existence d'une fraude, situation bien différente du cas d'espèce. Une abondante jurisprudence confirme l'importance de prévenir une fraude dans les litiges concernant les investissements, particulièrement en ce qui concerne le changement de nationalité afin de jouir d'un traité différent¹³⁶.

b. Les arguments de la Demanderesse

152. La Demanderesse soutient premièrement que le Tribunal est compétent eu égard à la date de naissance du différend étant donné que l'article 8 du TBI fait référence aux différends « arising » entre les parties contractantes, ce qui n'implique aucune exception temporelle, opinion qui est réaffirmée par l'article 9 qui dispose que le TBI s'applique à tout investissement fait après la date du 1^{er} janvier 1957. La Demanderesse invoque aussi dans ce contexte la clause de la nation la plus favorisée de l'article 3(2) du TBI en rapport aux dispositions du traité entre la Turquie et la Tunisie de 1991¹³⁷, qui vise tant les investissements antérieurs que ceux postérieurs à son entrée en vigueur.

153. La lecture que la Demanderesse fait des décisions jurisprudentielles tend une interprétation large du terme « arising », au moins dans le contexte des versions anglaises de quelques unes de ces décisions¹³⁸. La Demanderesse ajoute à cet égard que la jurisprudence tant de la Cour internationale de Justice que de son prédécesseur¹³⁹, ainsi

¹³⁵ C. Crepet Daigremont, « L'extension jurisprudentielle de la compétence des tribunaux CIRDI », dans *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, dans *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, sous la direction de Philippe Kahn et Thomas Walde, Martinus Nijhoff Publishers, pp. 460-461 (Source R-76).

¹³⁶ *Tokios*, Décision sur la compétence, para. 56 ; *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. Venezuela* (Aff. CIRDI No. ARB/00/5), Décision sur la compétence, 27 septembre 2001, para. 116 (Source R-137) ; Sentence *Phoenix*, paras. 107 et 113.

¹³⁷ Traité Turquie-Tunisie du 28 mai 1991 (Source C-LA-189).

¹³⁸ *Impregilo c. Pakistan*, Décision sur la compétence ; *Tradex*, Décision sur la compétence.

¹³⁹ R. Higgins, « Time and the Law: International Perspectives on an Old Problem », ICLQ, II vol. 46, 1997, p. 502 (Source C-LA-192).

que la jurisprudence arbitrale, soutiennent que la compétence s'étend tant aux différends antérieurs que postérieurs à la date de la clause optionnelle ou du traité, sauf exclusion expresse.

154. Selon la Demanderesse, l'article 12(5) du TBI ne contient pas une exception temporelle en matière de compétence et elle remarque que cet article est placé à la fin du traité sans rapport avec les dispositions juridictionnelles de l'article 8. Il s'ensuit que tout différend originellement régi par le Traité de 1963 est soumis au Traité de 1998 et survit même à l'abrogation du premier par ce dernier. La Demanderesse indique aussi que l'échange de lettres de 1971 n'est pas une simple proposition de soumettre un différend au CIRDI, mais contient un consentement formel à cet effet, qui modifie le Traité de 1963.
155. En tout état de cause, la Demanderesse affirme que les faits et situations litigieux à l'origine du différend se sont produits au fil du temps avant d'aboutir à des actes continus, qui entravent les droits des actionnaires et entrent dans la compétence prévue par le TBI, même s'ils ont surgi avant 1998. A cette occasion, la Demanderesse soutient que le Protocole d'accord de 1989 déjà mentionné n'est pas une transaction valide et a été signé sous la contrainte. Cette question en particulier a été examinée par les tribunaux anglais et français dans le cadre de procédures distinctes et a aussi fait l'objet de la requête de médiation auprès de l'AMGI.
156. Trouvant fondement dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI dans les affaires de *Salini c. Jordanie*¹⁴⁰ et *Pey Casado c. Chili*¹⁴¹, la Demanderesse ajoute que la compétence *ratione temporis* du Tribunal se rattache à la date de cristallisation du différend, mais qu'elle est indépendante de l'application *ratione temporis* des obligations substantives du TBI, cette dernière étant liée à la date à laquelle s'est produit le fait illicite. Dans l'affaire *Micula*, le tribunal a conclu que cette dernière question relève du fond du différend¹⁴² et que, en l'espèce, elle ne saurait entraver la détermination du tribunal sur sa compétence.

¹⁴⁰ *Salini c. Jordanie*, Décision sur la compétence, para. 176.

¹⁴¹ Sentence *Pey Casado*, paras. 465-466.

¹⁴² *Micula*, Décision sur la compétence, para. 157.

Par ailleurs, la compétence du Tribunal n'est pas limitée aux seules violations du TBI mais peut comprendre d'autres garanties, qui se rattachent à l'investissement dans un sens plus large.

157. Sur la base de cette distinction, la Demanderesse explique que les dispositions substantielles du TBI s'appliquent aux faits litigieux aux termes de son article 9, qui couvre tous les investissements réalisés après le 1^{er} janvier 1957, conformément à la pratique de la Tunisie dans la plupart de ses traités avec d'autres Etats. En tout état de cause, le Tribunal est compétent pour connaître des différends concernant les actes continus et les actes concernant des faits illicites composites¹⁴³.

158. La Demanderesse considère que le Tribunal est aussi compétent *ratione personae* pour connaître des demandes de la société ABCI. Cette société détient la nationalité néerlandaise depuis qu'elle a établi son siège social aux Antilles néerlandaises et le fait d'avoir été originellement constituée aux Iles Caïman ne constitue pas un obstacle à ce lien juridictionnel. Selon l'interprétation de la Demanderesse, l'expression « *constituted* » ne signifie pas, contrairement à ce que soutient la Tunisie, qu'elle devait être formée à Curaçao, mais tout simplement qu'elle doit être régie par le droit néerlandais. Dans le cas contraire, la société serait désormais apatride, puisqu'elle aurait abandonné la nationalité britannique mais n'aurait pas acquise la nationalité néerlandaise.

159. Les considérations faites par la Défenderesse à propos de la règle de la continuité de la nationalité ne sont pas applicables à la compétence des tribunaux CIRDI. Il suffit que la nationalité d'une personne morale soit acquise au jour du consentement à l'arbitrage en application de l'article 25(2) de la Convention CIRDI, date qui pour plusieurs décisions correspond à la date de la requête d'arbitrage¹⁴⁴. La règle coutumière de la continuité de la nationalité est étrangère à cette affaire et n'est pas incorporée implicitement dans

¹⁴³ Contre-Mémoire, paras. 490-500. *Marvin Roy Feldman Karpa c. Mexique* (Aff. CIRDI No. ARB(AF)/99/1), Décision sur la compétence, 6 décembre 2000, paras. 61-62 (Source C-LA-48) ; Sentence *Mondev*, paras. 57-58 ; *Micula*, Décision sur la compétence, para. 157.

¹⁴⁴ *Micula*, Décision sur la compétence, para. 111 ; *The Rompetrol Group N.V. c. Roumanie* (Aff. CIRDI ARB/06/03), Décision sur la compétence, 18 avril 2008 (ci-après « *Rompetrol*, Décision sur la compétence »), para. 79 (Source C-LA-53).

l'article 8 du TBI. Soutenir cette position, comme le fait la Défenderesse, revient à inclure des conditions supplémentaires à l'exercice des droits reconnus à l'investisseur par le TBI. Les sentences *Waste Management, Société Générale* et *Rompetrol*¹⁴⁵ confirment le point de vue de la Demanderesse. En tout état de cause, la règle en question n'est pas applicable aux actes continus, qui peuvent naître sous une nationalité et se poursuivre sous une autre, comme dans le cas d'espèce.

160. La Demanderesse soutient également qu'en l'espèce il n'y a aucune question de fraude à la loi ou à la compétence, et que cette dernière ne fait pas partie du droit positif, ni ne pourra de ce seul fait être prise en considération par le Tribunal. La jurisprudence dans les affaires *Rompetrol, Tokios Tokelès* et *Aguas del Tunari* reconnaît le droit des sociétés à changer de siège social¹⁴⁶. Le changement du siège social d'ABCI fut lié aux avantages présentés par la législation fiscale des Pays-Bas en matière de créances et n'a aucun rapport avec des intentions frauduleuses. La jurisprudence invoquée par la Défenderesse est bien différente des circonstances rencontrées par ABCI puisqu'il n'y a pas eu d'abus de procédure comme dans *Phoenix*, ni de fausses représentations des états financiers de l'investisseur comme dans *Inceysa*.

c. Les conclusions du Tribunal sur la compétence au titre du TBI

Conclusions sur la compétence ratione temporis

161. Le Tribunal examinera premièrement la question de sa compétence *ratione temporis* au titre du TBI. Ayant établi préalablement qu'un différend sur des aspects de droit et de fait existe en l'espèce, le problème clé pour résoudre cet aspect de sa compétence se rapporte à la date de naissance du différend en question. Ceci reste une question relative à la compétence du Tribunal et ne doit pas nécessairement être examiné conjointement avec le fond, solution qui se justifierait seulement si les faits ne pouvaient être appréciés

¹⁴⁵ Contre-Mémoire, paras. 544-554. *Waste Management, Inc. c. Mexique* (Aff. CIRDI ARB(AF)/00/3), Sentence, 30 avril 2004, para. 85 (Source R-67); *Société Générale c. République Dominicaine*, Décision sur la compétence, para. 109 ; *Rompetrol*, Décision sur la compétence, paras. 91-93.

¹⁴⁶ Contre-Mémoire, paras. 569-571.

indépendamment des arguments sur le fond, comme dans les affaires *Impregilo*¹⁴⁷ et *Kardassopoulos*¹⁴⁸, ce qui n'est pas le cas en l'espèce¹⁴⁹.

162. Le fait que l'article 12 du TBI se situe dans le Traité à un emplacement séparé de l'article 8, qui est relatif au consentement à l'arbitrage, n'a aucune incidence sur la question de l'application temporelle de cet article. Cet article ne fait pas uniquement référence au fond d'un différend, comme soutenu par la Demanderesse, mais peut se rattacher tant à des conditions de fond que de compétence. L'article porte seulement sur la date à partir de laquelle le TBI s'applique et ne vise que la situation des différends ayant pu naître avant l'entrée en vigueur du TBI. L'article 12(5) prévoit clairement que l'Accord signé entre les Parties contractantes en 1963¹⁵⁰, et la modification apportée par l'échange de lettres de 1971¹⁵¹, prennent fin à partir de l'entrée en vigueur du TBI¹⁵². Il est également clair que les différends survenus avant cette entrée en vigueur continuent à être régis par l'Accord de 1963.

163. Si un différend est né avant la date d'entrée en vigueur du TBI de 1998, il ne bénéficie pas de ses dispositions. Il peut jouir uniquement de celles de l'Accord de 1963, qui, parmi d'autres différences, ne prévoit pas l'arbitrage CIRDI. Un différend né après l'entrée en vigueur du TBI jouit de ses dispositions, non seulement tant qu'il est en vigueur mais aussi après la date de son expiration pour une période de quinze ans à partir de cette date conformément aux dispositions de l'article 12(3). Les conditions d'application temporelle du TBI sont en conséquence claires.

¹⁴⁷ *Impregilo c. Pakistan*, Décision sur la compétence, para. 315.

¹⁴⁸ *Kardassopoulos*, Décision sur la compétence, para. 257.

¹⁴⁹ Me Kaplan, Transcription, 23 juin, p. 71.

¹⁵⁰ Pièce C-101.

¹⁵¹ Loi No. 72-44 du 26 juin 1972, portent ratification de l'échange des lettres du 26 avril 1971 et 16 juillet 1971 entre le Gouvernement Tunisien et le Gouvernement des Pays-Bas, modifiant la Convention du 23 mai 1963, relative à l'encouragement des investissements des capitaux et à la protection des actifs (Pièce C-126).

¹⁵² Article 12(5) : « On the entry into force of the present Agreement concluded between the Contracting Parties on encouragement of capital investments and protection of property with letters, signed May 23, 1963 in Tunis, as amended in 1971, shall be terminated and shall be replaced by the present Agreement. Disputes arisen before the entry into force of the present Agreement shall continue to be ruled by the Agreement of May 23, 1963. »

164. La Demanderesse a fait valoir dans ses plaidoiries que l'Accord de 1963 serait applicable seulement en ce qui concerne ses dispositions sur le fond, mais que les dispositions ayant une portée juridictionnelle seraient régies par le TBI. Une distinction est aussi faite selon laquelle l'Accord de 1963 s'applique seulement aux différends ayant déjà été soumis à un tribunal. En l'espèce, il s'agit de traités successifs entre les mêmes Parties portant sur le même objet, selon le régime prévu par l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. La Défenderesse s'oppose à ces interprétations car le TBI est venu remplacer l'Accord de 1963 et n'établit pas une continuité juridique¹⁵³. Le Tribunal tient à voir dans les arguments de la Demanderesse sur ces points des constructions d'intérêt théorique, mais qui ne sauraient justifier l'introduction de distinctions là où le TBI ne le fait pas.
165. Le Tribunal n'est pas convaincu par l'argument à « *titre infiniment subsidiaire* » de la Demanderesse selon lequel l'échange de lettres entre les gouvernements néerlandais et tunisien, datées respectivement du 25 avril 1971 et du 16 juillet 1971, aurait pour effet de modifier l'Accord de 1963 pour incorporer l'arbitrage CIRDI dans la procédure de règlement de différends prévue par cet Accord. En effet, dans le contexte de cet échange, l'étendue de la modification proposée porte simplement sur le fait que la partie concernée « *will favourably consider any demand* » d'un investisseur protégé pour soumettre le différend au CIRDI¹⁵⁴. La disposition favorable d'un gouvernement vis-à-vis de la requête d'un investisseur en vue d'un arbitrage CIRDI ne signifie pas qu'il s'agit en soi d'une obligation qui implique l'acceptation d'un recours à cet arbitrage.
166. La jurisprudence arbitrale invoquée par la Défenderesse à l'appui de sa position est également convaincante dans le sens où il y existe une interprétation générale qui tend à exclure de la compétence d'un tribunal les différends nés avant l'entrée en vigueur d'un TBI. Dans *Micula*, par exemple, le Tribunal a considéré que « *the time at which the dispute*

¹⁵³ Me Cabrol, Transcription, 23 juin, pp. 67-68.

¹⁵⁴ Article 3b du Traité du 23 mai 1963: « *The Contracting Party on whose territory a national of the other Contracting Party is making or envisages making an investment will favourably consider any demand on the part of this national with a view to referring for arbitration or conciliation any dispute which might arise regarding this investment to the Center set up under the Washington Convention of 18 March 1965 for the settlement of disputes relating to investments between States and nationals of other States* ».

arose is the relevant and decisive question for purposes of determining the scope of the Parties' consent under ... the BIT and thus the Tribunal's jurisdiction »¹⁵⁵.

167. La Demanderesse fait référence à la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, et accorde une attention particulière au point de vue de Mme Rosalyn Higgins, pour soutenir que la compétence d'un tribunal s'étend aussi aux différends nés avant son institution, à moins qu'une disposition spécifique n'en décide autrement¹⁵⁶. Cependant, cette approche n'est pas celle qui prévaut en matière de règlement de différends relatifs aux investissements.
168. Une question très différente est celle de savoir si les faits et désaccords entre les parties peuvent trouver leur origine avant la date d'entrée en vigueur du TBI en 1999, tout en se matérialisant dans un différend juridique une fois le traité entré en vigueur. C'est cette dernière date, et non pas la première, qui déterminera la compétence du Tribunal. En suivant une approche similaire à celle du tribunal dans *Maffezini*, le tribunal dans l'affaire *Duke Energy* a expliqué que « *what is decisive of the Tribunal's jurisdiction ratione temporis is the point in time at which the instant legal dispute between the parties arose, not the point in time during which the factual matters on which the dispute is based took place* »¹⁵⁷. Bien qu'un tribunal puisse arriver à une conclusion erronée à l'égard de la nature des différends entre les parties et leur chronologie, comme dans l'affaire *Lucchetti*, le principe reste toujours le même.
169. L'interprétation de la terminologie du Traité conduit à une conclusion identique. Les parties sont en désaccord sur la portée des termes « *any legal dispute arising* » utilisé par l'article 8 du TBI, l'une désirant exclure les différends dans le passé et l'autre cherchant à les inclure. Dans le contexte du TBI, le Tribunal est d'avis que « *arising* » se rattache aux différends nés après son entrée en vigueur, c'est-à-dire dans l'avenir par rapport à la date de son entrée en vigueur. Cette conclusion n'est pas différente de celle adoptée par le

¹⁵⁵ *Micula*, Décision sur la compétence, para. 154.

¹⁵⁶ Prof. Burdeau, Transcription, 24 juin, p. 65.

¹⁵⁷ *Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. c. Pérou* (Aff. CIRDI No. ARB/03/28), Sentence, 18 août 2008, para. 148 (Source R-119).

tribunal dans l'affaire *Impregilo*, le tribunal ayant dans ce cas décidé que « [s]uch language - and the absence of specific provision for retroactivity - infers that disputes that may have arisen before the entry into force of the BIT are not covered... »¹⁵⁸. La conclusion n'est pas différente non plus de celle du tribunal dans l'affaire *Salini c. Jordanie* à propos de l'expression « *may arise* » utilisée dans le TBI applicable dans cette affaire¹⁵⁹.

170. En l'espèce, cependant, il existe également une considération supplémentaire. Quand le TBI a voulu situer un différend dans le passé, il a utilisé le terme « *arisen* », tel que le fait l'article 12 *in fine* en faisant référence aux « [*d]isputes arisen before the entry into force of the present Agreement* », lesquelles, comme déjà expliqué, continuent à être régies par le traité de 1963. Les arguments de la Demanderesse selon lesquels cette clause s'applique uniquement aux différends antérieurs à l'entrée en vigueur du TBI ayant déjà été soumis à un tribunal ne sont pas convaincants. Le Tribunal ne peut admettre une solution qui implique l'introduction d'éléments ne figurant pas dans le texte, tel que le souligne la Défenderesse¹⁶⁰. Il en va de même pour l'interprétation qui soutient que l'article en question s'applique seulement aux dispositions de fond du Traité de 1963, et non pas à ses dispositions juridictionnelles.

171. En tout état de cause, cette conclusion s'impose aussi à la lumière des principes de droit international concernant l'effet non rétroactif des traités, ainsi que l'établit l'article 28 de la Convention de Vienne sur le droit des traités : « *A moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, les dispositions d'un traité ne lient pas une partie en ce qui concerne un acte ou fait antérieur à la date d'entrée en vigueur de ce traité au regard de cette partie ou une situation qui avait cessé d'exister à cette date* ».

172. La Demanderesse invoque aussi, concernant l'étendue de l'article 9 du TBI, la clause de la nation la plus favorisée. Selon elle, le traité du 29 mai 1991 entre la Turquie et la République tunisienne s'applique tant aux investissements constitués antérieurement qu'à

¹⁵⁸ *Impregilo v. Pakistan*, para. 300. Me Cabrol, Transcription, 23 juin, p. 63.

¹⁵⁹ *Salini c. Jordanie*, Décision sur la compétence, para.170.

¹⁶⁰ Me Cabrol, Transcription, 23 juin, pp. 65-66.

ceux réalisés postérieurement à la date de son entrée en vigueur, sans exclusions *ratione temporis* ou *ratione personae*. Cela se traduit, de l'avis de la Demanderesse, par le fait que même les différends nés avant l'entrée en vigueur du traité de 1991 peuvent jouir de sa protection, avantage qui, en vertu de la clause indiquée, doit s'étendre aussi au présent différend.

173. Le Tribunal ne partage pas ce raisonnement. Tout d'abord, il n'est pas évident que le manque d'exclusions expresses des différends antérieurs à l'entrée en vigueur du traité de 1991 puisse s'interpréter comme indiqué par la Demanderesse. Le principe de l'effet non rétroactif des traités continue à être la règle qui prévaut, sauf indication expresse en sens contraire.
174. Même si un différend antérieur était expressément inclus, le Tribunal ne considère pas que la clause de la nation la plus favorisée puisse s'appliquer dans ce contexte. Que l'arbitrage soit considéré être une garantie substantive de l'investissement comme dans l'affaire *Maffezini*, et que, comme tel, celui-ci puisse jouir de certaines clauses plus favorables établies dans un autre traité est une chose, mais la question de l'application des traités *ratione temporis* en est une autre. Il faut tenir compte en particulier du fait que chaque traité prévoit ses propres règles d'application temporelle et que celles-ci ne peuvent être importées dans un autre traité. Sinon, le principe de l'effet non rétroactif des traités serait condamné à disparaître.
175. Le Tribunal prend également note du fait que la Demanderesse a plaidé qu'en vertu de l'article 5 du Traité de 1963, lorsqu'il existe une autre convention internationale applicable en la matière, une partie peut se prévaloir des dispositions plus favorables de l'autre traité, ce qui en l'espèce lui permettrait de jouir des dispositions du TBI et donc de l'arbitrage CIRDI. Cette possibilité exige, comme élément indispensable, que tant le Traité de 1963 que le TBI contiennent des clauses équivalentes en matière d'arbitrage en application du principe *ejusdem generis*¹⁶¹.

¹⁶¹ Me Michou, Transcription, 23 juin, p. 68.

176. La date de naissance du différend en relation avec la période d'application du TBI est une question de fait que le Tribunal doit également déterminer. La Demanderesse n'a pas fait preuve de timidité pour faire savoir au Gouvernement tunisien ses désaccords sur l'ensemble des éléments qui caractérisaient leurs rapports, y compris les considérations de droit et de fait qui, de son avis, justifiaient sa position. Comme l'indique la Défenderesse, il existait déjà en 1990 une abondante correspondance à cet effet¹⁶². Dans ce contexte, la société ABCI a demandé au Gouvernement tunisien la réalisation de démarches conduisant à un « *swift settlement* »¹⁶³. La notification du différend, comme dans les affaires *Tokios Tokelès* et *Tradex* invoquées par la Défenderesse, est reconnue comme une indication de son existence préalable.
177. Par conséquent, le Tribunal conclut que le différend était né bien avant la date d'entrée en vigueur du TBI de 1998. Même si les arguments concernant des aspects se rattachant au droit international auraient pu être développés à l'occasion de la requête de médiation auprès de l'AMGI en 2002, ce qui par ailleurs n'est pas tout à fait clair à la lumière d'autres argumentations préalables, le point de vue de la Demanderesse selon lequel le différend serait né seulement à ce moment là n'est pas soutenable. Il n'y a aucune exigence dans le TBI, la doctrine ou la jurisprudence requérant que les arguments juridiques qui sous-tendent un différend doivent se référer seulement au droit international ; ils peuvent en effet se rattacher tant au droit international qu'au droit national, comme ce fut le cas dans de nombreuses affaires, telles que *Luccheti* ou *Kardassopoulos*.
178. Il a été expliqué plus haut que la Défenderesse soutient que le Tribunal ne peut connaître des violations antérieures à la date d'entrée en vigueur du TBI. Cette affirmation est exacte et elle doit aussi être appréciée à la lumière de la doctrine des actes continus et composites¹⁶⁴. S'il est vrai que le Tribunal n'est pas compétent pour connaître des

¹⁶² Lettre d'ABCI à l'attention du président de la République tunisienne, du Ministre de l'Intérieur et du Ministre de la Justice en date du 25 septembre 1990 (Pièce C-93). Téléx du directeur général de la société ABCI, M. Watson, à l'attention du Premier Ministre tunisien et du Ministre des Finances en date du 8 novembre 1990 (Pièce C-94). Me Michou, Transcription 23 juin p. 69.

¹⁶³ Pièce C-93.

¹⁶⁴ Me Kaplan, Transcription 23 juin, p.74.

différends nés avant l'entrée en vigueur du TBI, il n'en est pas moins vrai que tous les investissements envisagés à l'article 9 du TBI sont ceux ayant été réalisés après le 1^{er} janvier 1957. Si les faits ou les actes relatifs à un investissement protégé ont lieu avant la date d'entrée en vigueur du TBI, mais se traduisent dans une violation d'une obligation du TBI après cette date en raison de leur continuité, ils pourront éventuellement entrer dans le champ de compétence du Tribunal¹⁶⁵. En tout état de cause, le principe applicable est toujours que le fait illicite doit se rattacher à une obligation existante au moment de la violation.

179. Bien que la Demanderesse soutienne qu'en l'espèce il s'agit précisément d'actes continus et composites, cette position n'est pas convaincante à la lumière des faits du dossier. En effet, les actes en question se sont matérialisés pleinement avant l'entrée en vigueur du TBI et le fait que leurs effets puissent éventuellement se poursuivre ne les transforment pas en actes continus, ni composites dans le contexte du TBI. Les principes qui régissent la responsabilité de l'Etat font une distinction claire entre la nature de l'acte et ses effets ; ceux-ci peuvent se poursuivre mais n'affectent pas la date à laquelle la violation de l'obligation juridique est intervenue¹⁶⁶. Cette approche est également celle retenue par la jurisprudence arbitrale indiquée précédemment.

180. Les parties s'opposent aussi quant aux effets du Protocole du 12 juin 1989 par lequel la société ABCI a renoncé aux droits et actions qu'elle possédait dans le contexte de sa participation à la BFT. Tandis que pour la Défenderesse, ce Protocole fait échec à l'effort de la Demanderesse de trouver un chef de compétence, cette dernière considère cet instrument comme invalide car il aurait été signé sous la contrainte. Le Tribunal doit à cet égard distinguer entre les aspects qui se rattachent au fond du différend et ceux qui ont une incidence sur la question de sa compétence. Dans la mesure où le Protocole pourrait avoir entravé les droits de la Demanderesse concernant sa participation dans la BFT, cette question doit être rattachée au fond. Du point de vue de la compétence, cependant,

¹⁶⁵ *Société Générale c. République Dominicaine*, Décision sur la compétence, para. 84. Lettre des Conseils de la Demanderesse du 30 juillet 2008, para. 37.

¹⁶⁶ Pièce R-134, Commentaire article 14, point 6. Me Kaplan, Transcription 23 juin, p. 73.

le Protocole ne saurait faire obstacle à l'exercice de ses fonctions par le Tribunal dans le cadre d'une procédure d'arbitrage international.

Conclusions sur la compétence ratione personae

181. Dans la mesure où le Tribunal n'est pas compétent pour connaître du différend au titre du TBI en vertu de ses clauses *ratione temporis*, comme précédemment conclu, il n'est pas strictement nécessaire de considérer la question de la compétence *ratione personae*. Cependant, le Tribunal estime qu'il est de son devoir d'expliquer aussi son raisonnement sur certains des arguments principaux invoqués par les parties à cet égard.
182. La première question que le Tribunal doit considérer est celle de la portée du terme « *constituted* » utilisé dans l'article 1 du TBI. Cet article dispose qu'un ressortissant d'une Partie Contractante inclut les « *legal persons constituted under the law of that Contracting Party* ». Alors que la Défenderesse est d'avis que la société en question doit être formée conformément à la législation de cette Partie Contractante, la Demanderesse soutient que le but recherché en fait est que la société soit régie par le droit de la Partie Contractante, et pas nécessairement qu'elle soit créée sous cette loi.
183. Il n'est pas contesté que la société ABCI a été formée aux Iles Caïman sous juridiction britannique, comme l'atteste clairement son certificat d'enregistrement¹⁶⁷. Le transfert du siège social d'ABCI aux Antilles néerlandaises a été effectué très peu de temps avant la soumission de la requête d'arbitrage au CIRDI. Si par « *constituted* », il faut comprendre le lieu de formation de la société, la Demanderesse aurait la nationalité britannique et, par conséquent, ne pourrait pas bénéficier du TBI avec les Pays-Bas. Par contre, si le critère du siège social prévaut, la nationalité néerlandaise lui permettrait de jouir de cette protection.
184. Pour résoudre cette question, il faut aussi tenir compte des dispositions de l'article 25 de la Convention CIRDI. Cet article établit que ressortissant d'un autre Etat Contractant

¹⁶⁷ Registre commercial de Curaçao. Extrait du Registre Commercial de l'enregistrement de la société ABCI Investments N.V, 24 février 2004 (Pièce C-121).

signifie « (b) toute personne morale qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage... ». Le Tribunal a posé à la Demanderesse une question sur la portée de cet article lors de l'audience sur la compétence¹⁶⁸, question à laquelle il a été répondu à la lumière de certains débats intervenus à l'occasion des forums académiques et scientifiques¹⁶⁹. Il ressort de ces débats que l'on ne peut donner un sens précis à l'article 25(2)(b), qui demeure ainsi dans le mystère de la négociation de la Convention et ses complexités.

185. Dans le contexte de la Convention de Washington, si les parties consentent à l'arbitrage au moment de la requête d'arbitrage, suivant la séquence offre-acceptation, le problème ne se pose pas puisqu'à ce moment là, la Demanderesse a la nationalité de la Partie Contractante pertinente. Le problème peut se poser si le consentement est intervenu auparavant, par exemple dans un contrat d'investissement, et si avant de soumettre la requête au CIRDI, un changement de nationalité a eu lieu.

186. La question importante dans le cas d'espèce est de savoir si le TBI introduit un critère différent en matière de nationalité, et si celui-ci doit prévaloir sur le critère de la Convention. Le critère de « *constituted* » est évidemment différent de celui de la date du consentement. Dans ce domaine, comme dans d'autres, les parties sont libres de s'accorder sur des critères particuliers ou plus stricts que ceux de la Convention. Il s'ensuit que le critère du TBI devient *lex specialis* à cet égard. Bien qu'il soit clair qu'en droit international, tant le lieu de formation que celui du siège social peuvent être considérés comme des critères valables de nationalité, tout comme le domicile ou le lieu de l'activité

¹⁶⁸ Transcription, 24 juin, p. 70. Question du Président : « *L'article 25 fait une distinction assez curieuse. Le 25.2 (a) se réfère aux personnes physiques et se réfère à deux moments : la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend, c'est-à-dire le consentement, ainsi que la date de l'enregistrement. Il y a les deux. Pas la date des événements, mais la date où l'on a consenti, plus la date d'enregistrement. Si vous allez au paragraphe (b), en ce qui concerne les personnes morales, il n'y a qu'une seule date : la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend. Il n'y a pas d'enregistrement, il n'y a rien d'autre. Est-ce vrai ?* ».

¹⁶⁹ Réponse du Prof. Burdeau, Transcription 25 juin, pp. 24-25.

principale de gestion et contrôle¹⁷⁰, le fait que le TBI ait choisi un critère en particulier ne saurait être ignoré. Dans ce contexte, le siège social d'une société pourrait changer à plusieurs reprises, mais tant qu'une nouvelle personne morale n'a pas été formée, la nationalité d'origine est maintenue pour les besoins d'une réclamation internationale.

187. La deuxième question que le Tribunal doit examiner est celle du principe de la continuité de la nationalité. S'il est certain que dans le cadre de la protection diplomatique, le principe joue un rôle important, la situation dans le contexte de la protection des investissements est moins certaine. Dans ce domaine, comme d'ailleurs dans le champ plus large du droit international, on constate une flexibilité croissante visant à faciliter les actions des individus dans une réalité financière et économique caractérisée par le changement constant de propriété et le transfert des droits concernant une réclamation au sein d'une économie internationalisée¹⁷¹.
188. L'existence de ce traitement différent est justement la raison pour laquelle le commentaire sur le projet d'articles de la CDI sur la protection diplomatique a prévu que ce projet « *ne s'applique pas dans la mesure où il est incompatible avec les dispositions d'un traité bilatéral d'investissement* »¹⁷², tout en prenant note dans son Commentaire que « *[l]es sociétés ne changent généralement de nationalité qu'en étant formées ou constituées à nouveau* »¹⁷³.
189. La question à laquelle il faut alors répondre est de savoir si le régime coutumier de la règle de la continuité de la nationalité est compatible avec les critères du TBI en matière de nationalité des sociétés. Même si cette norme de la coutume internationale peut toujours s'appliquer à titre résiduel, surtout en l'absence d'une règle particulière dans un traité, en l'espèce la situation est différente. En effet, le fait que le TBI choisisse comme critère de la

¹⁷⁰ International Law Association, Diplomatic Protection of Persons and Property, Final Report, 2006, paras. 84, 107.

¹⁷¹ *Ibid.*, Final Report, 2006, para. 74.

¹⁷² Commission du Droit International, Projet d'articles sur la protection diplomatique et commentaires, article 17 (Source R-63).

¹⁷³ *Ibid.* page 57, point 1. Me Kaplan, Transcription 23 juin p. 75.

nationalité de la société l'endroit où la société est « *constituted* » permet de conclure que, par conséquent, il doit exister une continuité entre ce moment-là et la saisine du CIRDI.

190. Cependant, il y a un autre aspect concernant la continuité que la Défenderesse a souligné : en vertu de l'article 8 du TBI, les différends concernés sont ceux qui se produisent avec un ressortissant de l'autre Partie Contractante, ce qui suppose que la nationalité doit aussi exister au moment de la naissance du différend, et pas seulement lors de la formation de la société. D'autre part, au regard de l'article 25 de la Convention de Washington, cette nationalité devra être conservée jusqu'au moment de la requête d'arbitrage. Dans cette perspective, la solution prévue dans son ensemble dans le TBI et la Convention rejoint celle de la règle coutumière.
191. Nonobstant cette construction intellectuelle, la compatibilité des deux régimes n'est pas sans soulever de question. Le régime de la nationalité dans le cadre du TBI contient des dispositions particulières qui ne suivent pas nécessairement les critères généraux de la coutume. De ce fait, l'argument de la Demanderesse est convaincant dans le sens où elle soutient que le régime coutumier ne devra pas s'appliquer dans ce cas. Cependant, le résultat ne change pas en l'espèce puisque les faits démontrent qu'il n'y a pas eu une continuité entre la date de constitution de la société et la saisine du CIRDI, car une nationalité autre que celle d'origine a été invoquée. Cette conclusion s'impose à la lumière du TBI.
192. Une troisième question doit également être prise en compte par le Tribunal. Le TBI entre le Royaume Uni et la Tunisie n'est pas applicable aux Iles Caïman¹⁷⁴ car ce territoire a été exclu des TBIs britanniques en application des politiques de ce pays et de l'OCDE sur les paradis fiscaux. Peut-on en déduire qu'il existe dans le changement de siège social, comme l'allègue la Défenderesse, une fraude à la compétence, allégation qui au cours de

¹⁷⁴ Prof. Burdeau, Transcription, 24 juin, p. 70.

l'audience a été plutôt qualifiée d'« abus » ?¹⁷⁵. Le changement de nationalité aurait eu pour but d'acquérir la protection tardive du TBI néerlandais.

193. La Demanderesse nie ces allégations en expliquant que des raisons fiscales, « créancières » et les liens existant avec les Pays-Bas sont les motifs de ce transfert d'une juridiction à l'autre. La Demanderesse a aussi argué que le fait que le Royaume Uni ait ratifié la Convention CIRDI sans exclure les Iles Caïman, devrait prévaloir sur l'exclusion faite par le TBI. Cet argument, cependant, ne saurait être admis. Il en va exactement du contraire: le TBI avec le Royaume Uni établit le régime particulier applicable *ratione loci*, c'est-à-dire pour son application territoriale, et celle-ci prévaut sur la Convention de Washington.
194. Les parties ont exposé que plusieurs affaires ont abordé récemment les conséquences d'un changement de nationalité d'une société, en particulier *Aguas del Tunari, Tokios Tokelès, Phoenix* et *Mobil*¹⁷⁶. Des distinctions ont été faites entre le cas de restructuration, non spécifiquement liée à un différend, et des réorganisations intervenant peu avant ou après le litige, toutes liées au principe de bonne foi. Selon la Défenderesse, la situation dans le cas d'espèce est celle d'un changement de nationalité lié spécifiquement au différend, et donc d'une restructuration ayant eu lieu bien après l'apparition du litige et peu avant la date de la requête d'arbitrage.
195. Le Tribunal est à cet égard d'avis que, s'il existait des preuves concrètes quant à l'existence d'une situation allant à l'encontre du principe de la bonne foi, il pourrait effectivement s'agir d'un abus. C'est par exemple ce qui a été conclu dans *Mihaly c. Sri Lanka* au vu d'une cession de droits entre deux sociétés liées par la même structure sociale¹⁷⁷. En l'espèce, ce type de preuve n'est pas rapporté et, par conséquent, il n'est

¹⁷⁵ Transcription, 23 juin, p. 78.

¹⁷⁶ Me Kaplan, Transcription, 23 juin, pp. 78-79. *Aguas del Tunari S.A. c. Bolivie* (Aff. CIRDI No. ARB/02/3), Décision sur la compétence, 21 octobre 2005 (Source R-78); *Tokios*, Décision sur la compétence; Sentence *Phoenix*; *Mobil c. Venezuela* (Aff. CIRDI No. ARB/07/27), Décision sur la compétence, 10 juin 2010.

¹⁷⁷ *Mihaly International Corporation c. Sri Lanka* (Aff. CIRDI No. ARB/00/2), Sentence, 15 mars 2002.

pas approprié de conclure à une violation du principe de la bonne foi sur la base de simples présomptions.

196. Au vu des considérations ci-dessus et, par conséquent, le Tribunal conclut que sa compétence *ratione personae* n'a pas été établie à la lumière des exigences du TBI.

4.4. La compétence du Tribunal au titre d'une convention d'arbitrage par voie d'accord direct entre les parties

a. Les arguments des parties

197. La Demanderesse, à titre subsidiaire, soumet au Tribunal que, même en l'absence des chefs de compétence examinés ci-dessus, il a compétence pour connaître de cette affaire en raison de l'existence d'une convention d'arbitrage formée par entente directe entre les parties. Les démarches qui ont eu lieu en 1984 et 1986 et les échanges de correspondance intervenues à plusieurs reprises entre les parties, suite à la demande de la société ABCI de jouir des garanties concernant l'arbitrage CIRDI ou l'arbitrage CCI¹⁷⁸ n'avaient pas valeur de simples propositions. Elles contenaient l'expression de sa volonté de bénéficier de l'arbitrage CIRDI, contenu dans la Loi de 1969, comme confirmé par la Défenderesse dans son courrier du 24 août 1984 mentionnant le fait que l'article 20 de la Loi était ouvert pour l'investisseur¹⁷⁹.

198. De l'avis de la Demanderesse, toutes les conditions nécessaires à la validité d'une convention ont été réunies en l'espèce. En outre, elle n'a aucunement renoncé à se prévaloir de l'existence de cette convention, comme le prétend la Défenderesse. Le refus de la Défenderesse de produire les documents, qui ont été exigés par le Tribunal, a empêché que la Demanderesse puisse invoquer des pièces supplémentaires au soutien de son argumentation. La Demanderesse considère comme particulièrement pertinents la version officielle de la décision du 11 novembre 1981 du Ministère de l'économie, l'avis de l'Agence de Promotion des investissements du 6 novembre 1981 et le dossier 85.86, tous

¹⁷⁸ Pièce C-38.

¹⁷⁹ Pièce C-30.

concernant des avantages octroyés à l'investisseur, et demande au Tribunal de considérer ses allégations comme bien fondées.

199. Sur la base de la position adoptée par la Défenderesse sur l'inexistence de l'acceptation de la Demanderesse de l'offre d'arbitrage de la Loi de 1969 et l'abrogation de cette offre par la Loi de 1993, la Défenderesse s'oppose également à ces arguments en soutenant qu'il n'y a jamais eu un consentement direct entre les parties donnant compétence au Tribunal et que la Demanderesse a renoncé à ces arguments dans ses écritures.

b. Les conclusions du Tribunal

200. Le Tribunal doit constater que des échanges de correspondance ont effectivement eu lieu entre les parties à partir de 1982 au sujet de possibles solutions pour le règlement des différends qui, à l'époque, étaient devenus certains. Comme déjà expliqué, les différends qui divisaient les parties ne portaient pas toujours sur les mêmes questions, mais il peut être supposé que la relation des parties était dans l'ensemble faite de désaccords juridiques, tant en matière procédurale que sur le fond.

201. Dans le contexte de ces échanges, le Tribunal constate en particulier que des références au CIRDI ont été souvent faites. Les parties ont débattu en détail de la portée de la lettre adressée par le conseil de la société ABCI au Secrétaire Général du CIRDI en date du 22 février 1989¹⁸⁰, lettre qui, selon la Demanderesse, contient une manifestation de consentement à l'arbitrage CIRDI tandis que, selon la Défenderesse, elle ne serait qu'une simple requête d'information¹⁸¹. Considérant que la ratification de la Convention suffit à attribuer compétence au CIRDI pour connaître du différend, la Demanderesse concluait « *je vous serais obligé de bien vouloir me faire connaître les démarches à effectuer en vue d'une éventuelle demande d'arbitrage contre l'Etat tunisien* ». Le CIRDI a répondu à l'époque qu'il fallait « *que vous établissiez qu'il y a eu un consentement de l'Etat comme*

¹⁸⁰ Lettre du conseil d'ABCI au Secrétariat du CIRDI du 22 février 1989 (Pièce C-132).

¹⁸¹ Prof. Bollée, Transcription, 24 juin, p. 48 et Me Kaplan, Transcription, 23 juin, p. 10.

de votre cliente. Je note que, dans les éléments que vous me communiquez, il n'y a pas cela »¹⁸².

202. Il ressort de cette lettre qu'il ne peut pas être conclu qu'elle contienne un consentement autonome à l'arbitrage CIRDI, émanant d'un accord direct entre les parties à cette fin. L'objectif exprès de la lettre était une requête d'information et la réponse reçue va dans le même sens. D'autres lettres échangées à l'époque ne sont pas non plus tout à fait claires en ce qui concerne l'arbitrage CIRDI. Une lettre de la Demanderesse datée du 2 avril 1982, introduite par la Défenderesse à l'audience¹⁸³ à l'appui de son analyse de la décision d'un tribunal anglais versée au dossier, rappelle les échanges entre les parties et conclut qu'il y a eu une acceptation implicite concernant le contrat « *du recours en cas de litige à l'arbitrage CIRDI, CCI, à la compétence de Londres et de Paris, à la Cour européenne des Droits de l'Homme, à la Cour européenne de justice, à la Cour de La Haye, qui sont reconnus comme étant compétents* »¹⁸⁴.

203. La portée des échanges a évidemment eu pour objectif l'octroi des garanties entourant l'investissement et, en particulier, celles qui se réfèrent à l'article 20 de la Loi de 1969. Cependant, cette question a déjà été examinée précédemment dans le contexte de la Loi de 1969. S'il est certain que dans certains cas, le consentement autonome et autosuffisant des parties, par référence à un traité ou à un autre instrument, est admissible pour constituer un accord direct et indépendant, comme dans *CSOB*¹⁸⁵, dans le cas d'espèce, il n'est pas nécessaire de poursuivre cette voie au vu des conclusions déjà prises sur le rôle des autres chefs de compétence dans ce différend.

204. Les parties ont débattu des démarches entreprises à la suite de l'arbitrage CCI auprès des tribunaux anglais et des décisions de ces tribunaux, qui démontrent, selon la Demanderesse, que l'arbitrage CIRDI était toujours une option, tandis que, selon la Défenderesse, elles indiquent, au contraire, qu'il s'agissait de demandes concernant plutôt

¹⁸² Transcription, 23 juin, p. 12.

¹⁸³ Me Kaplan, Transcription, 23 juin, p. 13.

¹⁸⁴ Me Kaplan, Transcription, 23 juin, p. 13 et Pièce R-37.

¹⁸⁵ Prof. Bollée, Transcription 24 juin, pp. 44-46.

le fond du différend¹⁸⁶. Le Tribunal ne considère ni approprié, ni nécessaire de se prononcer sur la portée de ces décisions compte tenu des éléments suffisants qui existent dans le dossier pour lui permettre d'arriver à une conclusion sur ce chef de compétence.

205. La conclusion du Tribunal est que ce chef de compétence n'est pas admissible en l'espèce. Il ne ressort pas avec précision qu'il y a eu un consentement entre les parties, direct et distinct du chef de compétence retenu sous la Loi de 1969, et, par conséquent, les conditions d'autonomie nécessaires pour former une convention conduisant à l'arbitrage CIRDI ne sont pas remplies. Il faut également tenir compte du fait que ce dernier fondement de compétence a été invoqué à titre subsidiaire et que par conséquent son analyse devient redondante en vue de la compétence retenue sous la Loi de 1969.

V. FRAIS DE L'ARBITRAGE

206. Dans leurs écritures, les parties ont toutes deux demandé la condamnation de l'autre partie aux frais de la procédure d'arbitrage. Le 5 janvier 2011, les parties ont soumis leurs écritures relatives aux frais et dépens engagés pour la représentation de leurs intérêts dans cette phase de la procédure.

207. Le Tribunal décide de réserver sa décision sur les frais concernant cette première phase de la procédure et tranchera cette question dans la sentence finale.

¹⁸⁶ Me Kimbrough, Transcription, 24 juin, pp. 53-56.

