

Journal du Droit Transnational



Directeurs:
Ilias Bantekas
Catherine Maia
Tarcisio Gazzini
Francesco Seatzu

www.journaldroittransnational.it

NOTE SOUS L'ORDONNANCE SUR LA PROCÉDURE N°3 DU 23 FÉVRIER 2024 DANS L'AFFAIRE CIRDI
EMS SHIPPING & TRADING GMBH C. RÉPUBLIQUE D'ALBANIE.

Vol. 1 – 2025

**Note sous l'ordonnance sur la procédure n°3 du 23 février 2024 dans l'affaire CIRDI
*EMS Shipping & Trading GmbH c. République d'Albanie.***

par

Karla Lucero Andrade*

Mots clés : arbitrage CIRDI, nouveau Règlement d'arbitrage CIRDI 2022, article 44, bifurcation, objections préliminaires.

Dans l'arbitrage transnational et en particulier dans l'arbitrage CIRDI, la bifurcation, c'est-à-dire la faculté accordée aux parties en différend de « demander à ce qu'une question soit portée au cours d'une phase distincte de la procédure »¹, se distingue par sa faible présence dans la réflexion doctrinale. Cette dernière trouve une explication dans l'absence de publication des décisions arbitrales y relatives² ou si publication il y a eu, dans la mesure où la bifurcation « ne fait pas toujours l'objet de développements intéressants de la part des tribunaux »³.

Dans ces conditions, la troisième ordonnance sur la procédure rendue dans le différend *EMS Shipping & Trading GmbH c. Albanie*, publiée avec biffures en avril 2024, retient particulièrement l'attention. Par celle-ci, le tribunal arbitral, composé de Gabrielle Kaufmann-Kohler, Stanimir A. Alexandrov et Albert Jan van den Berg, a pu en effet se prononcer sur le test à appliquer à une demande de bifurcation dans une procédure CIRDI introduite après l'entrée en vigueur, le 1^{er} juillet 2022, du nouveau Règlement d'arbitrage.

En l'espèce, la procédure engagée par un investisseur allemand relativement à un contrat de concession et sur le fondement du TBI Allemagne – Albanie du 31 octobre 1991, avait été enregistrée auprès du Centre le 7 avril 2023. En outre, l'Albanie entendait soulever dans cette procédure deux objections préliminaires. La première—*the legality objection*—avait trait à une allégation d'illégalité de l'investissement ; illégalité portant sur la négociation et l'obtention du contrat de concession et qui le priverait, si reconnue, de la protection offerte par le traité bilatéral⁴. Par la seconde—*the contribution objection*—l'Albanie soutenait que l'investissement réalisé ne répondait pas aux conditions de l'article 25(1) de la Convention CIRDI⁵. Ce faisant, l'Albanie entendait se prévaloir du quatrième critère d'identification d'un

* Doctorante Université Paris 2 Panthéon-Assas, ATER Université Sorbonne Nord.

¹ Règlement d'arbitrage du CIRDI, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2022, article 42, disponible à l'adresse suivante : https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/Arbitrage_FRE.pdf.

² Inna Uchkunova, « Bifurcation of Proceedings In ICSID Arbitration : Where do we stand? », *Kluwer Arbitration Blog*, 2013, disponible à l'adresse suivante : <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2013/08/15/bifurcation-of-proceedings-in-icsid-arbitration-where-do-we-stand/>, dernière visite : 27 février 2025.

³ Patrick Jacob, Franck Latty, Arnaud de Nanteuil, « Arbitrage transnational et droit international général », *AFDI*, 2015, pp.857-909, p.902.

⁴ CIRDI, *EMS Shipping & Trading GmbH c. République d'Albanie*, Ordonnance sur la procédure n°3 du 23 février 2024, ARB/23/9, p.1, §5.

⁵ Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, adoptée le 18 mars 1965, entrée en vigueur le 14 octobre 1966, article 25(1).

NOTE SOUS L'ORDONNANCE SUR LA PROCÉDURE N°3 DU 23 FÉVRIER 2024 DANS L'AFFAIRE CIRDI
EMS SHIPPING & TRADING GMBH C. RÉPUBLIQUE D'ALBANIE.

Vol. 1 – 2025

investissement développé dans la décision *Salini Costruttori c. Royaume du Maroc*⁶ : en l'absence de contribution au développement économique de l'Etat albanais, le tribunal n'était pas compétent *ratione materiae*. Du reste, l'Albanie soutenait que la procédure arbitrale engagée devrait prendre fin si le tribunal acceptait l'une ou l'autre ou les deux objections préliminaires, ce qui justifiait au passage la demande de bifurcation. Mais si la décision de bifurquer relève en toute hypothèse de la discrétion du tribunal saisi, la première question à laquelle ce tribunal a eu à répondre, était de savoir, « *how is this discretion to be exercised?* »⁷.

Par contraste avec le plaignant, l'Etat albanais soutenait que la demande devait être appréciée en application des critères « *widely accept[ed]* », issus de l'ordonnance rendue dans le différend *Glamis Gold Ltd c. Etats Unis*⁸. De sorte que la bifurcation devait être accordée si les objections préliminaires présentées étaient « *prima facie serious and substantial* », si elles pouvaient être examinées « *without prejudging or delving into the merits* », et si elles permettaient, dans l'éventualité où elles seraient reçues, de « *dispose of the claims, either fully or in a significant part* »⁹. Mais la requête d'arbitrage avait en l'espèce été présentée en 2023. Il en résultait qu'en dehors du TBI, la procédure était régie par le Règlement d'arbitrage de 2022. Or, par contraste avec le Règlement de 2006, la nouvelle version prévoit expressément un test à appliquer, dès lors qu'une demande de bifurcation est présentée. En ce sens, si des objections préliminaires sont soulevées avec demande de bifurcation, l'article 44(2) stipule que le tribunal doit statuer en tenant compte « de toutes les circonstances pertinentes », en particulier, du fait de savoir si « la bifurcation réduirait de manière significative la durée et le coût de l'instance », si « la décision sur les objections préliminaires réglerait l'intégralité ou une partie substantielle du différend » et si « la décision sur les objections préliminaires et les questions de fond sont si entremêlées que cela rendrait la bifurcation impraticable »¹⁰.

En tout état de cause, avant de trancher, le tribunal a constaté que les deux tests mentionnés « *partially overlap[ped]* »¹¹. Et en effet, à l'exception de l'évaluation *prima facie*, les deux autres critères sont les mêmes. Si cette variation explique sans doute la stratégie albanaise

⁶ CIRDI, *Salini Costruttori S.p.A and Italstrade S.p.A c. Royaume du Maroc*, Décision sur la compétence du 23 juillet 2001, ARB/00/4, *International Legal Materials*, vol.42, 2003, pp.609-624, p.622, §52 : « La doctrine considère généralement que l'investissement suppose des apports, une certaine durée d'exécution du marché et une participation aux risques de l'opération [...] La lecture du préambule de la Convention permet d'y ajouter le critère de la contribution au développement économique de l'Etat d'accueil de l'investissement ».

⁷ Nicolas Jansen Calamita, Elsa Sardinha, « The bifurcation of jurisdictional and admissibility objections in Investor-State arbitration », *Law & Practice of International Courts, and Tribunals*, vol.16(1), 2017, pp.44-70, p.57.

⁸ CIRDI, *Glamis Gold, Ltd c. Etats Unis d'Amérique* (UNICITRAL), Ordonnance sur la procédure du 31 mai 2005, pp.2-3, §12.

⁹ CIRDI, *EMS Shipping & Trading GmbH c. République d'Albanie*, *op.cit.*, p.2, §§8-9.

¹⁰ Règlement d'arbitrage du CIRDI, *op.cit.*, article 44(2).

¹¹ CIRDI, *EMS Shipping & Trading GmbH c. République d'Albanie*, *op.cit.*, p.11, §40.

NOTE SOUS L'ORDONNANCE SUR LA PROCÉDURE N°3 DU 23 FÉVRIER 2024 DANS L'AFFAIRE CIRDI
EMS SHIPPING & TRADING GMBH C. RÉPUBLIQUE D'ALBANIE.

Vol. 1 – 2025

consistant à s'appuyer sur le test *Glamis*, le tribunal a en toute logique affirmé que « *in an arbitration governed by the 2022 version of the ICSID Arbitration rules [...] the Tribunal must apply the requirements as they are framed in the 2022 ICSID Arbitration Rules* »¹². L'affirmation allait de soi : dans sa première ordonnance du 20 septembre 2023, le tribunal avait déjà statué sur le droit applicable à la procédure, en retenant le Règlement de 2022¹³. Mais il faut souligner le rappel par le tribunal du fait que le nouveau Règlement fait œuvre de codification¹⁴. Par-là, le tribunal met l'accent sur la légitimité de ces nouvelles règles. De plus, le tribunal a fait remarquer dans son ordonnance qu'il n'y a aucune présomption dans le nouveau Règlement en faveur de la bifurcation. Si l'affirmation est conforme au texte de l'article 44, on peut y voir une manière pour le tribunal de répondre à l'argumentation albanaise suivant laquelle « *it is "routine" in ICSID arbitration for tribunals to decide on matters of jurisdiction at a preliminary stage* »¹⁵. On peut également y voir une manière subtile pour le tribunal, de faire allusion aux dernières études qui interrogent l'efficacité de la bifurcation¹⁶.

Il reste que la détermination du test à appliquer relativement à une demande de bifurcation ne résout pas tout. La codification a certainement contribué à réduire le flou existant avant 2022 en la matière, mais encore faut-il confronter les critères retenus au cas d'espèce. Aussi, le tribunal a eu à se pencher sur une deuxième question, à savoir, si au regard des critères de l'article 44(2) susmentionné, les objections préliminaires présentées par l'Albanie devaient le conduire à ordonner la bifurcation.

Sur l'objection préliminaire relative à l'existence d'illégalités dans la procédure de négociation et d'obtention du contrat de concession, le tribunal est parvenu à la conclusion que celle-ci était entremêlée, au delà de l'acceptable, avec deux réclamations de l'investisseur : le non-respect du traitement juste et équitable et le non-respect de la clause parapluie. La conséquence qui s'en suivait étant qu'au moment de se prononcer sur ces réclamations, le tribunal allait certainement être conduit à examiner les faits intervenus au moment de la négociation et de l'attribution de la concession. Aussi, « *in case of bifurcation, the same evidence, documentary and testimonial, and the same submissions, would have to be considered twice* »¹⁷.

¹² *Ibid.*

¹³ CIRDI, *EMS Shipping & Trading GmbH c. République d'Albanie*, Ordonnance sur la procédure n°1 du 20 septembre 2023, p.3 : « *These proceedings are conducted in accordance with the procedural rules contained in the bilateral investment treaty concluded by the Federal Republic of Germany and the Republic of Albania on 31 October 1991 ("the BIT"), the ICSID Convention and the ICSID Arbitration Rules in force as of 1 July 2022* ».

¹⁴ CIRDI, *EMS Shipping & Trading GmbH c. République d'Albanie*, *op.cit.*, p.11, §40.

¹⁵ CIRDI, *EMS Shipping & Trading GmbH c. République d'Albanie*, *op.cit.*, p.2, §8.

¹⁶ Lucy Greenwood, « Does Bifurcation really promote efficiency? », *Kluwer Law international*, vol.28(2), 2011, pp.105-1011.

¹⁷ CIRDI, *EMS Shipping & Trading GmbH c. République d'Albanie*, Ordonnance sur la procédure n°3 du 23 février 2024, *op.cit.*, p.12, §45.

NOTE SOUS L'ORDONNANCE SUR LA PROCÉDURE N°3 DU 23 FÉVRIER 2024 DANS L'AFFAIRE CIRDI
EMS SHIPPING & TRADING GMBH C. RÉPUBLIQUE D'ALBANIE.

Vol. 1 – 2025

Sur l'objection préliminaire relative à la contribution, le tribunal a expliqué que la détermination des critères d'identification d'un investissement était une question de droit—la décision *Salini* n'est donc pas, de l'avis de ce tribunal, incontournable. Il a ajouté qu'en revanche, la question de savoir si ces critères sont remplis est une question de fait. Or, en l'espèce, l'investisseur prétendait qu'il n'avait pas pu réaliser l'intégralité de son investissement, en particulier les investissements susceptibles de contribuer au développement économique de l'Etat hôte, en raison du manquement par celui-ci à ses obligations contractuelles. À son tour, la deuxième objection préliminaire était ainsi non détachable du fond.

À l'issue de l'examen de ces deux objections préliminaires, le tribunal en a conclu que la bifurcation était impraticable. Sans doute, le résultat aurait été le même en application du test *Glamis*. Il était cependant nécessaire, au risque de diminuer l'apport du nouveau Règlement, d'affirmer sans ambiguïté que dans une procédure d'arbitrage CIRDI introduite après le 1^{er} juillet 2022, le nouveau Règlement d'arbitrage s'applique. Logique, l'analyse de ce tribunal a par ailleurs été suivie dans une ordonnance sur la procédure rendue un peu après, le 1^{er} mars 2024¹⁸.

¹⁸ CIRDI, *Suffolk (Mauritus) Limited, Mansfield (Mauritus) Limited and Silver point Mauritus c. République du Portugal*, Ordonnance sur la procédure n°3 du 1er mars 2024, ARB/00/28, p.22, §84.