

CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT
DES DIFFÉRENDS RELATIFS AUX
INVESTISSEMENTS (CIRDI)

3 Chronique des sentences arbitrales

par

Emmanuel Gaillard

*Professeur à l'Université de Paris XII,
Associé, Shearman & Sterling LLP, Paris*

INTRODUCTION

I. – Au cours de l'année 2007, le Centre a enregistré 36 nouvelles affaires d'arbitrage, dont quatre en application du Mécanisme Supplémentaire, et une affaire de conciliation. La relative baisse enregistrée en 2006 avec 23 affaires, contre 26 en 2005 et 27 en 2004, a ainsi fait place à une croissance modérée, le seuil des trente affaires par an étant à nouveau dépassé, comme cela a été le cas pour la première fois en 2003.

Comme par le passé, les affaires nouvelles concernent toutes les régions du monde, dans des proportions toutefois inégales. L'Amérique latine reste en tête avec 15 nouvelles affaires. Celles-ci concernent l'Argentine (cinq affaires), le Venezuela (trois affaires), le Paraguay (deux affaires), la Bolivie, le Costa Rica, le Guatemala, le Honduras et le Pérou. L'Asie vient ensuite avec 10 affaires nouvelles. Elles concernent la Turquie (deux affaires), l'Arménie, l'Azerbaïdjan, la Géorgie, l'Indonésie, la Jordanie, le Kazakhstan, le Liban et l'Ukraine. L'Afrique comptabilise cinq affaires concernant la République de Centrafrique (deux affaires), l'Afrique du Sud, le Ghana et le Nigéria. L'Europe ne compte que cinq affaires, dont deux concernent la Hongrie, une l'Albanie, une la Bosnie-Herzégovine et une la Roumanie, ce qui laisse penser que les investisseurs agissant sur le fondement de traités bilatéraux de protection des investissements ont privilégié d'autres formes d'arbitrage, au premier chef desquels se trouve l'arbitrage en application du Règlement de la CNUDCI. L'Amérique du Nord ne compte qu'une affaire concernant le Canada, en application du Mécanisme Supplémentaire, le Canada ayant à ce jour signé mais non encore ratifié la Convention de Washington. Les secteurs d'activité concernés sont l'énergie, grand pourvoyeur d'affaires avec 12 nouvelles demandes d'arbitrage, les grands

projets avec sept affaires nouvelles, les concessions minières (quatre affaires), l'industrie notamment agro-alimentaire (quatre affaires), les services (quatre affaires), les secteurs de la finance (trois affaires) et des télécommunications (deux affaires).

On observera que l'État est demandeur dans une affaire, la Province indonésienne du Kalimantan oriental ayant assigné la société de droit local PT Kaltim Prima Coal sur le fondement d'une convention d'arbitrage classique. Par ailleurs, l'affaire de conciliation concerne un différend entre les actionnaires de la société SESAM et la République de Centrafrique.

Sur l'ensemble des affaires d'arbitrage enregistrées au cours de l'année 2007, on ne compte que six affaires d'arbitrage introduites sur le fondement de conventions classiques, les autres l'ayant été sur le fondement de traités de protection des investissements, parmi lesquelles trois affaires introduites sur le fondement du Traité sur la Charte de l'Énergie.

Le nombre total d'affaires en cours au 1^{er} janvier 2008 était de 123 (dont une affaire de conciliation), contre 108 au 1^{er} janvier 2007 et 101 au 1^{er} janvier 2006. Cela porte le nombre total d'affaires dont le Centre a eu à connaître depuis sa création jusqu'au 1^{er} janvier 2008 à 258. Toujours au 1^{er} janvier 2008, le nombre de recours en annulation en cours était de sept, la demande d'annulation formée dans l'affaire *Azurix c/ Argentine* en 2006 étant toujours pendante et six nouvelles demandes d'annulation ayant été formées en 2007 tandis que cinq décisions de comités *ad hoc* étaient rendues dans la même année. Ces nouvelles demandes concernent les affaires *Vivendi c/ Argentine* – avec cette particularité qu'il s'agit d'une demande d'annulation formée à l'encontre de la décision rendue après l'annulation de la première sentence, l'affaire ayant été enregistrée pour le première fois par le Centre le 9 février 1997 – *Siemens c/ Argentine*, *Ahmonseto c/ Égypte*, *MCI c/ Équateur*, *Fraport c/ Philippines* et *MHS c/ Malaisie*.

II. - De nombreuses décisions sur la compétence et sentences sur la compétence ou sur le fond ont été rendues au cours de l'année 2007.

Des décisions acceptant la compétence du tribunal arbitral sont intervenues dans les affaires *Saipem c/ Bangladesh* (21 mars 2007), *Siag et Vecchi c/ Égypte* (11 avril 2007) et *Kardossopoulos c/ Géorgie* (6 juillet 2007), cette dernière décision ayant été rendue sur le fondement de l'API Grèce-Géorgie et du Traité sur la Charte de l'Énergie. Des sentences d'incompétence sont intervenues dans les affaires *Malaysian Historical Salvors (MHS) c/ Malaisie* (17 mai 2007), *Bayview Irrigation District et al. c/ Mexique* (19 juin 2007), *Fraport c/ Philippines* (16 août 2007) et *Vieira c/ Chili* (21 août 2007).

Les sentences rendues sur le fond concernent les affaires *PSEG c/ Turquie* (19 janvier 2007), *Siemens c/ Argentine* (6 février 2007), *Enron c/ Argentine* (22 mai 2007), *Ahmonseto c/ Égypte* (18 juin 2007), *Tokios Tokeles c/ Ukraine* (26 juillet 2007), *LG&E c/ Argentine* (25 juillet 2007), *MCI Power c/ Équateur* (31 juillet 2007), *Vivendi c/ Argentine (II)* (20 août 2007), *Parkerings c/ Lituanie* (11 septembre 2007), *Sempra c/ Argentine* (28 septembre 2007), *Archer Daniels Midland c/ Mexique* (21 novembre 2007) et *OKO Pankki Oyj c/ Estonie* (19 novembre 2007). Un règlement amiable du litige ou un désistement

d'instance est intervenu dans les affaires *Agua Cordobesas c/ Argentine*, *Cemex c/ Indonésie*, *Rail World c/ Estonie*, *Newmont c/ Ouzbékistan* et *Mimincó c/ Congo*. Dans cette dernière affaire, une sentence constatant l'accord des parties a été rendue le 19 novembre 2007.

Les matières traitées par ces décisions et sentences sont les suivantes.

1) Sur le terrain de la compétence, la sentence *MHS c/ Malaisie* du 17 mai 2007 a estimé que les apports en espèces et en industrie consacrés par la société MHS au sauvetage d'un navire en Malaisie ne constituaient pas un investissement au sens de l'article 25(1) de la Convention de Washington, faute de contribuer positivement au développement économique de l'État d'accueil. Cette décision se démarque ainsi tant de la jurisprudence *LESI c/ Algérie*, pour qui la notion d'investissement résulte de la réunion des critères d'apport, d'une certaine durée et d'une participation aux risques de l'opération par l'investisseur, que de la jurisprudence *Salini c/ Maroc* qui ajoute à ces trois conditions celle de la contribution au développement économique de l'État d'accueil, alors que la jurisprudence *LESI* estime cette dernière condition implicitement incluse dans les précédentes (*LESI c/ Algérie, sentence du 10 janvier 2005, § 13(iv) in fine : JDI 2006, p. 239. – Salini c/ Maroc, décision du 23 juillet 2001, § 50-58 in E. Gaillard, La jurisprudence du CIRDI : Pédone 2004, p. 633 et 634*). Elle se démarque plus nettement encore de la jurisprudence selon laquelle la définition de l'investissement procède moins de véritables critères que de la constatation de certaines caractéristiques, variables suivant les espèces, qui ne constituent pas une « condition formelle pour qu'une opération puisse être qualifiée d'investissement » (V. par ex. la décision sur la compétence rendue dans l'affaire *CSOB c/ Slovaquie* du 24 mai 1999, § 90, in *La jurisprudence du CIRDI, préc., p. 577*). Le fait d'ajouter une condition selon laquelle la contribution de l'investisseur devrait être positive permet au tribunal arbitral de disqualifier l'opération à partir de considérations qui procèdent d'une appréciation ne pouvant être que subjective. Cette méthode est particulièrement contestable en ce qu'elle subordonne l'accès au CIRDI à la satisfaction d'une condition artificiellement rattachée au préambule de la Convention, alors même que les auteurs de la Convention avaient soigneusement évité de définir le terme d'investissement, précisément pour permettre aux États de définir, spécialement dans les lois ou les traités de protection des investissements, les opérations qu'ils entendaient considérer tels. Le Rapport des administrateurs sur la Convention, bien que souvent cité, mérite d'être rappelé : « Il n'a pas été jugé nécessaire de définir le terme 'investissement', compte tenu du fait que le consentement des parties constitue une condition essentielle et compte tenu du mécanisme par lequel les États contractants peuvent, s'ils le désirent, indiquer à l'avance les catégories de différends qu'ils seraient ou ne seraient pas prêts à soumettre au Centre » (*Rapport des administrateurs, § 27*). C'est la raison pour laquelle, comme la décision rendue par le Comité *ad hoc* dans l'affaire *Patrick Mitchell c/ Congo*, qui procède du même esprit, la sentence d'incompétence *MHS c/ Malaisie* a fait l'objet de vives critiques (sur *Patrick Mitchell*, V. nos obs. : *JDI 2007, p. 340, spéc. p. 365 s. – sur MHS*, V. spéc. W. Ben Hamida, *La notion d'investisseur : une*

notion maudite du système CIRDI : Cahiers de l'arbitrage, Gaz. Pal. 14-15 déc. 2007, p. 33 s. – D. Krishan, A Notion of ICSID Investment, à paraître ; J. Fouret et D. Khayat, Chronique de règlement pacifique des différends internationaux : RQDI 2007, à paraître. – adde I. Fadlallah, La notion d'investissement : vers une restriction à la Compétence du CIRDI ? : Liber Amicorum in Honour of Robert Briner, ICC Publishing, 2005, p. 259).

La sentence d'incompétence rendue dans l'affaire *Bayview c/ Mexique* le 19 juin 2007 repose sur la constatation que les investisseurs ne satisfaisaient pas la condition d'existence d'un investissement « dans le territoire » du Mexique au sens de l'article 1101(1)(b) de l'ALENA.

La sentence d'incompétence rendue dans l'affaire *Fraport c/ Philippines* le 16 août 2007 estime pour sa part qu'ayant détourné, par la conclusion d'un accord d'actionnaires secret, l'interdiction pour des étrangers de contrôler certains projets philippins, l'investisseur ne pouvait satisfaire l'exigence, posée par l'API Allemagne-Philippines, selon laquelle un investissement devait avoir été « accepté en conformité avec les lois et règlements » applicables de l'État d'accueil (sur la question, V. B. Poulain, *La conformité de l'investissement au droit local dans le contentieux investisseur-État ; Cahiers de l'arbitrage, Gaz. Pal., 14-15 déc. 2007, p. 41 s.*).

La sentence d'incompétence rendue le 21 août 2007 dans l'affaire *Vieira c/ Chili* a jugé que le différend soumis au Tribunal arbitral n'était pas couvert par l'API Chili-Espagne invoqué, celui-ci excluant de son champ d'application les différends nés avant son entrée en vigueur (comp., sur la question analogue soulevée dans l'affaire *INA (Lucchetti)*, *infra*, p. 345).

Dans d'autres affaires, le tribunal arbitral a au contraire retenu sa compétence. Dans l'affaire *Saipem c/ Bangladesh*, par une décision du 21 mars 2007, le Tribunal arbitral s'est déclaré compétent pour connaître des réclamations du titulaire d'un contrat de construction d'un pipeline qui estimait qu'en faisant obstacle, directement et par ses tribunaux, au jeu de la clause de règlement des différends stipulée au contrat, l'État avait méconnu les dispositions de l'API conclu entre l'Italie et le Pakistan en 1990. Le Tribunal fait application à cette occasion de la jurisprudence *Salini* (V. *supra*, p. 313), dont il estime les conditions satisfaites, après avoir précisé que l'origine des fonds est sans pertinence aux fins de l'application du traité (§ 105 s.). Dans la décision *Siag et Vecchi c/ Égypte* du 11 avril 2007, le Tribunal a dû se prononcer sur la nationalité des demandeurs pour s'assurer qu'il ne s'agissait pas de doubles nationaux exclus de la compétence du Centre en application de l'article 25(2)(a) de la Convention de Washington. Le Tribunal a estimé qu'en l'espèce les demandeurs avaient perdu la nationalité de l'État d'accueil par l'effet de la loi égyptienne applicable et que l'on ne se trouvait en conséquence pas en présence d'une situation de double nationalité. Comme dans l'affaire *Saipem*, le Tribunal constate que ni la Convention de Washington ni l'API applicable ne limitent la notion d'investissement en considération de l'origine des fonds (§ 207 s.). L'affaire *Kardossopoulos c/ Géorgie* a été introduite sur le fondement de l'API Grèce-Géorgie et du Traité sur la Charte de l'Énergie. La décision intervenue le 6 juillet 2007

constate que ce dernier instrument lie la Géorgie depuis le 17 décembre 1994, date de la signature du Traité par cet État, ce dernier n'ayant pas exclu l'application provisoire prévue à l'article 45 du Traité et n'ayant pas rapporté la preuve que cette application serait contraire à la législation géorgienne au sens de cette disposition (sur l'application provisoire du Traité sur la Charte de l'Énergie, V. déjà les décisions rendues le 8 février 2005 dans l'affaire *Plama c/ Bulgarie* (JDI 2006, p. 251) et le 29 mars 2005 dans l'affaire *Petrobart c/ Kirghizistan*, cette dernière décision étant rendue sous l'égide de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm).

2) Sur le fond, la sentence rendue le 19 janvier 2007 dans l'affaire *PSEG c/ Turquie* retient la responsabilité de l'État au titre de l'obligation de réserver à l'investissement un traitement juste et équitable faute d'avoir su maintenir un environnement législatif suffisamment stable (V. *spéc.* § 238 s.).

Les cinq décisions intervenues dans les affaires argentines en 2007 se soldent toutes par une condamnation de l'État. Les décisions rendues dans les affaires *Enron c/ Argentine* le 22 mai 2007 et *Sempra c/ Argentine* le 28 septembre 2007 par un Tribunal arbitral présidé, dans les deux cas, par M. Francisco Orrego Vicuña avancent, sans surprise, un raisonnement analogue à celui qui avait été suivi dans l'affaire *CMS c/ Argentine* par un Tribunal également présidé par M. Orrego Vicuña. Dans chaque cas, les mesures d'urgence économique prises par l'Argentine abandonnant la parité peso-dollar américain et suspendant les mécanismes de révision de tarifs ont été jugées contraires à l'obligation de réserver un traitement juste et équitable et à la clause de respect des engagements du Traité de protection des investissements conclu entre Argentine et les États-Unis. En revanche, l'investisseur conservant le contrôle de son activité et la valeur de celle-ci n'ayant pas été « presque totalement annihilée », aucune expropriation n'a été mise à la charge de l'État (V. par ex. § 285 de la décision *Sempra*). On aura l'occasion de constater que, dans l'affaire *CMS*, le Comité *ad hoc* n'a pas suivi le raisonnement de la sentence sur l'application de la clause de respect des engagements et a annulé la sentence de ce chef (V. *infra*, p. 350). L'affaire opposant la société *Siemens* à l'Argentine sur le fondement de l'API Allemagne-Argentine a également donné lieu à une condamnation de l'État par une sentence du 6 février 2007. Le Tribunal a estimé dans ce cas que les mesures d'urgence économique ayant conduit à la répudiation du contrat constituant un investissement devaient être considérées comme une expropriation tombant sous le coup du Traité. Le Tribunal retient également la violation des obligations d'accorder à l'investissement un traitement juste et équitable, de lui assurer une sécurité pleine et entière et de ne pas prendre de mesures arbitraires. Dans l'affaire *LG&E c/ Argentine*, le Tribunal n'avait plus, dans sa sentence du 25 juillet 2007, qu'à se prononcer sur le quantum de l'indemnisation, le principe de responsabilité de l'État ayant été tranché par une décision en date du 3 octobre 2006 (JDI 2007, p. 319, obs. E. Gaillard.— adde J. Fouret, *CMS c/ LG&E, ou l'état de nécessité en question* : *Rev. arb.* 2007, p. 349. Enfin, cette fois dans un contexte autre que celui des lois d'urgence économique de 2001, le nouveau Tribunal mis en place pour connaître de l'affaire *Vivendi c/ Argentine*

après l'annulation de la première sentence par un Comité *ad hoc* le 3 juillet 2002 (*La jurisprudence du CIRDI, préc.*, p. 719) s'est prononcé sur le fond par une sentence en date du 20 août 2007. Là encore, l'affaire s'est soldée par une condamnation de l'État, le Tribunal estimant que la République argentine, répondant des agissements de la Province de Tucumán, a violé l'obligation de réserver à l'investissement un traitement juste et équitable, de lui octroyer une sécurité pleine et entière, et de ne pas l'exproprier sans indemnisation.

La sentence rendue le 31 juillet 2007 dans l'affaire *MCI Power Group c/ Équateur* soulève, comme dans l'affaire *Vieira c/ Chili*, une question d'application *ratione temporis* du traité applicable. Le Tribunal prend soin de distinguer les périodes couvertes par l'application du Traité dont il estime ne pas pouvoir faire une application rétroactive et, aucune violation ne pouvant être reprochée à l'État après l'entrée en vigueur du Traité, déboute les investisseurs de leurs demandes.

L'intérêt de la sentence rendue dans l'affaire *Parkerings c/ Lituanie* le 11 septembre 2007 tient au fait que, tout en constatant que l'environnement législatif lituanien présentait un certain degré d'instabilité, le Tribunal n'en déboute pas moins l'investisseur qui cherchait à engager la responsabilité de l'État sur le fondement de l'exigence de traitement juste et équitable au motif que l'investisseur, informé du fait qu'il se trouvait en présence d'une économie en transition, a pris un risque économique en n'introduisant pas dans l'accord relatif à l'investissement une clause de stabilisation ou une forme de protection équivalente (*V. déc.*, § 333 s., *spéc.* § 336).

Les décisions intervenues le 26 juillet 2007 dans l'affaire *Tokios Tokelos c/ Ukraine*, le 18 juin 2007 dans l'affaire *Abmonseto c/ Égypte*, le 21 novembre 2007 dans l'affaire *Archer Daniels Midland c/ Mexique* et le 19 novembre 2007 dans l'affaire *OKO Pankki Oyj c/ Estonie* n'ont pas, à ce jour, été rendues publiques.

III. – Quel que soit l'intérêt des décisions ou sentences évoquées dans les développements qui précèdent, ce sont les cinq décisions prononcées par les comités *ad hoc* invités à statuer sur les recours en annulation dans les affaires *Repsol c/ Équateur*, *MTD c/ Chili*, *Soufraki c/ Émirats arabes unis*, *INA (Lucchetti) c/ Pérou* et *CMS c/ Argentine* qui constituent les faits les plus marquants de l'actualité jurisprudentielle de l'année 2007. Compte tenu du rôle essentiel du mécanisme de l'article 52 dans le système d'arbitrage CIRDI et de la multiplication prévisible des recours en annulation, leur analyse comparée présente, du point de vue du fonctionnement de l'institution, une importance capitale. C'est donc à ces décisions que sera consacrée l'intégralité de la présente chronique.

IV. – Sur le plan doctrinal, l'année 2007 a été marquée par un intérêt renouvelé pour la notion de précédent en matière d'arbitrage international, spécialement dans le droit des investissements.

Dans le droit fil de la communication donnée à Londres en 2006 par M^{me} Kaufmann-Kohler sur « Arbitral Precedent : Dream, Necessity or Excuse » (*Arbitration International*, 2007, p. 357), la décision rendue le 21 mars 2007 dans *Saipem c/ Bangladesh* par un Tribunal arbitral composé de M^{me} Gabrielle Kaufmann-Kohler, Président, et de MM. Christoph Schreuer et Philippe

Otton, estime que si le Tribunal n'est pas lié par les décisions rendues par les tribunaux arbitraux s'étant prononcés avant lui, il n'en est pas moins de son devoir de les prendre en considération : « [i]t believes that, subject to compelling contrary grounds, it has a duty to adopt solutions established in a series of consistent cases. It also believes that, subject to the specifics of a given treaty and of the circumstances of the actual case, it has a duty to seek to contribute to the harmonious development of investment law and thereby to meet the legitimate expectations of the community of States and investors towards certainty of the rule of law. ». Cette ambition d'œuvrer à la cohérence de la jurisprudence arbitrale dans l'intérêt de tous les utilisateurs potentiels du système ne peut qu'être approuvée (sur l'ensemble de la question, V. la publication des actes du colloque organisé le 14 décembre 2007 par l'Institut pour l'Arbitrage International, *The Precedent in International Arbitration. IAI Series on International Arbitration N° 5* (E. Gaillard et Y. Banifatemi, ss la dir.), Juris Publishing, 2008).

Article 52 de la Convention de Washington. – Recours en annulation. – Suspension de l'exécution provisoire de la sentence.

Recours en annulation mal fondé. – Délais. – Répartition des coûts de l'instance en annulation*.

Décision du 8 janvier 2007. – MM. Judd Kessler, Président, Piero Bernardini et Gonzalo Biggs, Membres du Comité ad hoc. – Repsol YPF Ecuador c/ Empresa Estatal Petroleos del Ecuador (Petroecuador).

La poursuite de la suspension de l'exécution de la sentence dont l'annulation est demandée peut être subordonnée à la mise en place d'une garantie tendant à assurer l'exécution de la sentence en cas de rejet de la demande d'annulation.

L'instance en annulation de l'article 52 de la Convention de Washington n'est pas un appel. Lorsque le recours est manifestement mal fondé, la partie qui a formé le recours doit supporter la charge des frais engendrés par l'usage de cette voie de recours extraordinaire.

Le 7 juin 2004, la société nationale *Empresa Estatal Petroleos del Ecuador* (Petroecuador) a formé une demande d'annulation de la sentence du 20 février 2004 l'ayant condamnée à payer un montant de 13 684 279,00 dollars US à la société Repsol YPF Ecuador SA (Repsol), opérateur d'un groupement de compagnies pétrolières, en exécution d'engagements contractuels résultant d'un contrat de services pétroliers.

Dans un premier temps, le Tribunal arbitral composé de MM. Rodrigo Oreamuno, Président, Eduardo Carmigniani Valencia et Alberto Wray Espinosa, avait retenu, par une décision en date du 23 juillet 2003, sa compétence, fondée sur une convention d'arbitrage classique figurant dans un accord intervenu entre les parties (dit « le Contrat Amendé ») et renouvelé par une note officielle de Petroecuador marquant son accord à une communication de Repsol

* Extraits de la traduction en langue anglaise publié sur le site Internet du CIRDI de l'original en langue espagnole. Pour la commodité des citations, la numérotation originale des paragraphes et des notes de bas de page a été conservée.

faisant référence à la procédure d'arbitrage CIRDI. Il s'est ensuite prononcé au fond par une sentence du 20 février 2004.

La demande d'annulation a été enregistrée le 15 juillet 2004, le Secrétariat du CIRDI décidant, le même jour, de suspendre l'application provisoire de la sentence en application de l'article 54(2) du règlement d'arbitrage CIRDI.

Le Comité *ad hoc* a été constitué le 14 septembre 2004 et composé de MM. Judd Kessler, de nationalité américaine, Président, Piero Bernardini, de nationalité italienne, et Gonzalo Biggs, de nationalité chilienne, M^{me} Claudia Frutos-Peterson, Conseiller juridique au CIRDI, agissant en qualité de secrétaire du Comité.

La demande d'annulation était initialement fondée sur les allégations suivantes qui caractériseraient un excès de pouvoir manifeste au sens de l'article 52(1)(b) de la Convention : (a) incompétence du tribunal arbitral résultant du fait que la Direction Nationale des Hydrocarbures (DNH) mise en place par la loi du 6 novembre 1978 sur les hydrocarbures de 1978 aurait réglé le litige par une décision possédant autorité de chose jugée ; (b) incompétence du Tribunal résultant du fait que la condamnation ne trouve pas sa source dans le Contrat Amendé contenant la Convention d'arbitrage CIRDI ; (c) que Repsol, opérateur du groupement en vertu d'un *Joint Operating Agreement* (JOA) n'avait pas qualité pour agir faute d'avoir reçu l'accord préalable du Comité d'opérations. Ce dernier grief a également été présenté comme une inobservation grave d'une règle de procédure au sens de l'article 25(1)(d) de la Convention. En cours de procédure, le 4 octobre 2004, deux griefs ont été ajoutés : (a) le fait que le montant auquel a été condamné Petroecuador n'aurait pas été demandé et (b) l'obligation résultant du droit local d'épuiser les recours locaux.

Petroecuador n'ayant pas réglé sa part de l'avance de frais et honoraires de la procédure d'annulation, une audience prévue pour le 9 novembre 2004 n'a pas pu se tenir et la procédure a été suspendue par le CIRDI le 24 mars 2005. Elle a repris, après paiement de l'avance, le 16 novembre 2005.

Le 22 décembre 2005, le Comité a décidé de maintenir la suspension de la procédure à la condition que Petroecuador mette en place une garantie à première demande pour le montant total de la sentence, intérêts compris, avant le 15 janvier 2006. Une demande tendant à voir rapporter cette décision a été rejetée et le délai pour mettre en place la garantie reporté au 1^{er} février 2006, une audience de procédure ayant lieu le 31 janvier 2006, à Quito (Équateur).

Le 22 février 2006, Petroecuador n'ayant toujours pas fourni la garantie demandée, le Comité *ad hoc* a mis un terme à la suspension du caractère exécutoire de la sentence.

Après un double échange d'écritures, une audience de plaidoiries a eu lieu à Quito le 10 juillet 2006.

Une demande de provision de 100 000 dollars US n'ayant pas été réglée par Petroecuador en dépit d'une relance du Comité du 18 mai 2006, Repsol en a fait l'avance le 24 juillet 2006.

D'autres documents ont été soumis au Comité par les parties au soutien de leur argumentation.

Le Comité s'est prononcé tour à tour sur les cinq griefs avancés par Petroecuador, en commençant par celui selon lequel le Tribunal n'aurait pas eu compétence pour ordonner le paiement litigieux.

Après avoir constaté l'existence d'une convention d'arbitrage CIRDI dans le Contrat Amendé et une correspondance ultérieure, le Comité avance l'analyse suivante :

36. *As previously mentioned [...], PETROECUADOR maintains that the Tribunal manifestly exceeded its powers in deciding that the dispute is within ICSID's jurisdiction and its competence. The Committee observes that, first, if excessive use by an Arbitration Tribunal of its powers is to constitute valid justification for the annulment of an award pursuant to Article 52(1)(b) of the ICSID Convention, it must be « manifest. » It is generally understood that exceeding one's powers is « manifest » when it is « obvious by itself » simply by reading the Award, that is, even prior to a detailed examination of its contents (see in this regard *Wena Hotels Limited V. Arab Republic of Egypt*).³⁷ As Professor Schreuer states, « The word relates not to the seriousness of the excess or the fundamental nature of the rule that has been violated but rather to the cognitive process that makes it apparent. An excess of powers is manifest if it can be discerned with little effort and without deeper analysis. »³⁸*

37. *A first reading of the Decision on Jurisdiction issued by the Tribunal in January 2003 reveals it to be clear, convincing, well-reasoned, and free of contradictions. Furthermore, the Committee observes that the rules of the Ecuadorian legal system were taken into account and applied by reputable and experienced arbitrators, two of whom were Ecuadorian nationals.*

38. *Even assuming that the Tribunal had erroneously applied the laws of Ecuador, it should be recalled that, in ICSID's annulment system, the errors made in the application of a law, in contrast with the breach of said law (or of legal rules agreed upon by the parties), do not constitute, pursuant to Article 42 of the Convention, grounds for annulment of an award. The respective precedents confirm the relevance of this distinction in the context of a request for annulment, clarifying as well that the latter must not be confused with an appeal, which is not available pursuant to Article 53 of the Convention.*

Le Comité se réfère ensuite aux décisions des comités *ad hoc* rendues dans les affaires *Klöckner* (§ 60), *Amco* (§ 23) et *MINE* (§ 5.05) qui distinguent l'erreur de droit, qui n'est pas une cause d'annulation, de la non-application du droit applicable.

Le Comité répond ensuite à l'argument tiré de l'origine de l'obligation sur laquelle le Tribunal a fondé la condamnation en constatant que, même si cela constituait une application erronée du droit équatorien, ce qu'il n'estime pas être le cas, cela ne constituerait pas une cause d'annulation de la sentence, le Tribunal ayant disposé de suffisamment d'éléments pour justifier sa conclusion selon laquelle le litige résulte du Contrat Amendé devenu la loi des parties (*déc.*, § 55). À l'argument tiré de l'autorité de la chose jugée, le Comité estime que le Tribunal a suffisamment répondu en décidant notamment que l'attitude de Petroecuador n'était elle-même pas cohérente avec l'idée que la décision du

37. *Wena Hotels Ltd. V. Arab Republic of Egypt (ICSID Case N° ARB/98/4), Decision on Annulment of Award, February 5, 2002, 41 ILM 933 (2002), § 25.*

38. *Schreuer, C., The ICSID Convention : A Commentary, 2001, p. 933.*

DNH aurait bénéficié de l'autorité de la chose jugée, Petroecuador soumettant elle-même la question à l'arbitrage CIRDI (*déc.*, § 72-75).

À propos de l'argument tiré de la qualité pour agir de Repsol en tant qu'opérateur du groupement, le Comité rappelle qu'il n'est pas une instance d'appel (§ 79) et constate que Repsol ayant été autorisée à agir au nom des autres sociétés du consortium qui ont, en toute hypothèse, ratifié sa conduite en cours de procédure, il n'existe aucune inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure au sens de l'article 52(1)(d).

Les deux arguments supplémentaires, qui ne paraissent avoir été avancées qu'au soutien des précédents, sont également jugés infondés.

Sur la charge des coûts de la procédure d'annulation, le Comité commence par observer que :

86. Having considered the allocation of costs between the Parties, the Committee notes that the grounds for the possible annulment of an award rendered by an ICSID Tribunal are clearly set forth in Article 52 of the Convention. The Parties are aware that the annulment proceedings are designed to grant reparation for damages only in cases of serious violations of certain fundamental principles.⁸³ Such procedures should not be confused with the proceedings of an Appeals Tribunal and, therefore, should be adopted only in special situations. Thus, annulment proceedings should not be applied routinely, or as a means of delaying the objectives of an award, or the enforcement thereof.

Après avoir constaté, d'une part, que la demande d'annulation ne posait aucune question nouvelle ou complexe et qu'aucun des arguments avancés n'a conduit le Comité à constater que le Tribunal aurait manifestement excédé ses pouvoirs ou commis une inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure et, d'autre part, que les délais mis par Petroecuador à payer la première avance de frais et au refus de payer la seconde ont retardé considérablement la procédure, le Comité a mis à sa charge l'intégralité des frais de la procédure s'élevant à 307 677,15 dollars US et la moitié des frais supportés par Repsol pour sa défense soit 20 500 dollars US.

OBSERVATIONS. – La décision rendue le 8 janvier 2007 dans l'affaire *Repsol c/ Petroecuador* par un Comité *ad hoc* composé de MM. Judd Kessler, Président, Piero Bernardini et Gonzalo Biggs, n'est pas rapportée dans ces colonnes pour sa valeur de précédent ou pour la nouveauté des solutions qu'elle consacre. Le Comité *ad hoc* est du reste le premier à constater, pour en tirer des conséquences sur la question des coûts de l'arbitrage, que l'argumentation avancée par la demanderesse ne soulève aucune question nouvelle ou complexe et qu'aucun des arguments avancés au soutien de la demande d'annulation n'a été considéré comme fondé (*déc.*, § 87). C'est au contraire par sa banalité même qu'elle retient l'attention et qu'elle soulève certaines interrogations sur le fonctionnement du système. Il est en effet à craindre que le recours en annulation de l'article 52 ne soit utilisé de manière routinière par les plaideurs déçus de la sentence, même dans les cas dans lesquels les conditions relativement strictes posées par ce texte ne sont manifestement pas satisfaites. Il est vrai que la

83. Schreuer, *op. cit.*, p. 894.

proportion relativement élevée d'annulations intervenues par rapport au nombre total d'actions en annulation intentées est de nature à encourager les plaideurs dans cette voie. À la fin de l'année 2006, des annulations, totales ou partielles, avaient été prononcées, dans les affaires *Amco*, *Klöckner*, *MINE*, *Vivendi* et *Patrick Mitchell*, alors que des rejets étaient intervenus dans les affaires *Wena*, *RFCC*, *Soufraki* et *CDC*. Il en résultait un taux d'annulation de 56 %, de nature à faire rêver les plaideurs. Ce taux était en effet particulièrement important si l'on considère que, dans des États dont les droits sont très favorables à l'arbitrage, comme la Suisse ou la France par exemple, le taux d'annulation ne dépasse guère 10 % (pour la Suisse, V. par ex. *F. Dasser, International Arbitration and Setting Aside Proceedings in Switzerland : A Statistical Analysis : Bull. ASA 2007*, p. 453 qui indique un taux de 7 % et, pour la France, *S. Crépin, Les sentences arbitrales devant le juge français : LGDJ 1995*, § 262, dont l'étude fait ressortir un taux d'annulation d'environ 10 % pour les sentences en matière d'arbitrage institutionnel). Il est vrai que les décisions rendues en 2006 dans les affaires *Repsol*, *MTD*, *Soufraki*, *INA (Lucchetti)* et *CMS* ont fait baisser la moyenne puisqu'une seule, rendue dans l'affaire *MTD*, prononce une annulation, au demeurant partielle et purement platonique (V. *infra* p. 350). Ainsi, à fin 2007, le taux d'annulation s'élevait à 43 %, ce qui reste relativement élevé mais qui marque une tendance très nette à la normalisation. Encore les plaideurs devront-ils prendre ce chiffre avec circonspection, et ce, pour deux raisons, allant dans des sens opposés. La première tient au sens de l'évolution. Le pourcentage d'annulation reste élevé à fin 2006 en raison des tâtonnements initiaux qu'à connu la procédure d'annulation. En se banalisant, comme elle l'a fait en 2007, cette procédure ne peut que conduire à des rejets plus nombreux. Ainsi, si l'on considère l'année 2007 de façon isolée, c'est un taux d'annulation de 20 % qu'il y a lieu de prendre en considération. La seconde, qui joue en sens inverse, tient au fait que, dans deux des cinq décisions rendues en 2007, l'un des membres du Comité *ad hoc*, M. Omar Nabulsi dans l'affaire *Soufraki* et M. Franklin Berman dans l'affaire *INA (Lucchetti)*, auraient souhaité appliquer des critères de contrôle moins exigeants, qui auraient conduit à l'annulation de la décision soumise à la censure des comités *ad hoc*. M. Franklin Berman est très explicite sur ce fait. Il relève, dans son opinion dissidente, « I would set the annulment bar rather lower than my colleagues and find that this case crosses it » (opinion dissidente du 13 août 2007 dans l'affaire *MTD*, § 18). M. Omar Nabulsi ne l'est pas moins. Le fait que la question litigieuse, en l'occurrence celle de la nationalité du demandeur, soit « d'une importance cruciale dans tous les cas et soit particulièrement importante dans l'arbitrage CIRDI, dans lequel la nationalité de l'investisseur est fondamentale dans la détermination de ses droits prétendus » (opinion dissidente, § 13) est, pour lui, un facteur important dans l'appréciation de la sévérité avec laquelle le Comité *ad hoc* doit appliquer les critères de l'article 52. Le fait que ces réactions émanent de personnalités désignées par le CIRDI, comme le sont tous les membres des comités *ad hoc*, et non par les parties, est de nature à nourrir les espoirs des plaideurs qui espèrent un contrôle de l'article 52 se rapprochant le plus possible d'une instance de

révision au fond. Ces considérations contradictoires incitent à avancer un pronostic selon lequel, en vitesse de croisière, le taux d'annulation résultant de l'intervention des comités *ad hoc* en application de l'article 52 de la Convention de Washington devrait baisser pour se stabiliser autour de 20 % mais n'atteindra probablement pas le taux de 10 % que l'on constate dans les droits les plus favorables à l'arbitrage. Contrairement à ce que prévoit la Convention de Washington, il n'existe en effet, dans ces droits, aucun contrôle sur le fond de la décision intervenue, hors contrôle de la violation de l'ordre public international (sur cette différence essentielle entre le contrôle de droit commun des sentences dans la plupart des droits de l'arbitrage et en matière d'arbitrage CIRDI, V. *infra* p. 341). Une différence incompressible entre les deux régimes de contrôle et leurs résultats devrait donc se maintenir.

Dans l'affaire *Repsol*, les arguments avancés au soutien de la demande d'annulation paraissaient loin du compte. Tous s'apparentaient à des moyens tendant à faire redresser au fond un mal jugé dont la réalité n'était elle-même pas évidente. Il suffit de renvoyer à la lecture de la décision pour se convaincre que ce n'est que de façon très artificielle que la défenderesse a pu prétendre faire les objections qu'elle avait à formuler à l'encontre de la sentence dans les griefs d'excès de pouvoir manifeste ou d'inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure au sens de l'article 52(1)(b) et 52(1)(d). Ce n'est qu'après avoir fait le bilan d'une telle procédure, en termes d'avantages-coûts pour la partie qui a succombé dans la procédure arbitrale, que l'on pourra porter une appréciation sur le fonctionnement du système.

La partie qui s'interroge sur l'opportunité de former une demande d'annulation de la sentence raisonnera d'une part en termes de délais dans l'exécution de la sentence et d'autre part en termes de coûts.

I. – Sur le terrain des délais opposés à l'exécution de la sentence, on rappellera que la demande d'annulation entraîne automatiquement la suspension du caractère exécutoire de la sentence lorsque celle-ci est demandée et que c'est au comité *ad hoc* mis en place dans l'affaire en cause qu'il appartient ensuite de se prononcer sur la poursuite de cette suspension. Le comité peut la maintenir sans conditions, la faire cesser ou la maintenir en la subordonnant à la mise en place d'une garantie tendant à assurer l'exécution automatique de la sentence querellée en cas d'échec de l'action en annulation (V. l'article 52 (5) de la Convention de Washington et l'article 54 du Règlement d'arbitrage). C'est ainsi, par exemple, que dans l'affaire *Wena*, après un début d'exécution de la sentence aux États-Unis suspendu par la demande d'annulation, l'Égypte a fourni, à la demande du Comité *ad hoc* qui faisait une condition de la suspension du caractère exécutoire de la sentence, une garantie bancaire qui a assuré le paiement immédiat de la sentence une fois intervenue la décision du Comité de rejeter le recours en annulation. Il est vrai que les États défendeurs, échaudés par ce type d'expérience, sont aujourd'hui moins prompts à satisfaire la demande de garantie à laquelle les comités *ad hoc* subordonnent encore souvent la suspension de l'exécution provisoire.

Dans l'affaire *Repsol*, le Comité *ad hoc* a décidé, le 22 décembre 2005, soit un an et demi après la demande d'annulation, de subordonner la suspension du caractère exécutoire de la sentence à une garantie bancaire et, devant le refus de la partie condamnée d'y satisfaire, a fait cesser la suspension de l'exécution provisoire le 22 février 2006, soit vingt mois après la demande d'annulation. Sur ces vingt mois, un délai initial de cinq mois est dû au retard mis par la demanderesse à l'action en annulation à s'acquitter de la première partie de la provision demandée, ce qui a justifié une suspension de la procédure sans que celle-ci n'entraîne, à son tour, la reprise de la possibilité d'exécuter la sentence. Pour la seconde partie de l'avance, c'est la demanderesse qui devra régler celle-ci pour disloquer la procédure.

On observera que la pratique des comités *ad hoc* de faire dépendre la poursuite de la suspension de l'exécution provisoire de la fourniture par la partie condamnée d'une garantie bancaire n'est pas homogène. Dans un premier temps, on avait pu croire cette pratique majoritaire (V. par ex. *P. Friedland, Stay of Enforcement of the Arbitral Award Pending ICSID Annulment Proceedings in E. Gaillard et Y. Banifatemi (ss la dir.), Annulment of ICSID Awards, IAI Series on International Arbitration N° 1 : Juris Publishing, 2004, p. 177.* – *J. Cazala, Exécution provisoire des sentences et procédure d'annulation : Gaz. Pal. 14 décembre 2006, p. 30, spéc. p. 35 s.*). Cependant, la considération des décisions intervenues en 2006 montre que la pratique n'est pas constante. Sur les cinq affaires décidées dans l'année, une garantie n'a été exigée que dans l'affaire *Repsol* et non dans les affaires *MTD* et *CMS*, la question n'ayant pu se poser ni dans l'affaire *Soufraki*, ni dans l'affaire *INA (Lucchetti)*, le tribunal ayant, dans les deux cas, décliné sa compétence. Les décisions *MTD* et *CMS* manifestent même en réalité une certaine hostilité à l'exigence d'une garantie puisque les considérations qu'elles avancent (en des termes très semblables qui s'expliquent sans doute par la composition en partie commune des deux comités) on en réalité une portée de principe. Ces deux décisions relèvent en effet que le retard subi par l'investisseur dans l'exécution de la sentence constitue une conséquence nécessaire du système d'annulation mis en place par la Convention de Washington, et que le préjudice résultant de ce retard sera compensé, en cas de rejet de l'action en annulation, par les intérêts qui courent sur le montant de la condamnation résultant de la sentence (V. les paragraphes 110 et suivants de la décision *MTD* du 21 mars 2007 [*infra* p. 330] et 161 de la décision *CMS* du 25 septembre 2007). Le 28 décembre 2007, le Comité *ad hoc* mis en place pour connaître de la demande d'annulation formée dans l'affaire *Azurix c/ Argentine* et composé de MM. Gavan Griffith, Bola Ajibola et Michael Huang s'est prononcé dans le même sens, non sans avoir relevé que c'est à l'investisseur de prouver que la suspension devrait être subordonnée à la mise en place d'une garantie (*déc.*, § 37).

La jurisprudence des comités *ad hoc* est donc aujourd'hui divisée à ce sujet. Il est permis de penser que cela n'est pas très gênant, des considérations d'espèce pouvant justifier des solutions divergentes d'un cas à l'autre dans l'exercice du

pouvoir d'appréciation discrétionnaire que la Convention reconnaît à cet égard aux comités *ad hoc*.

II. – Sur le terrain des coûts, le fait que les justifications avancées au soutien de la demande d'annulation formée par l'Équateur aient été assez minces et que l'attitude procédurale de la partie défenderesse n'ait pas été irréprochable a conduit le Comité *ad hoc* statuant dans l'affaire *Repsol* à faire supporter l'intégralité des coûts de la procédure, ainsi que des honoraires raisonnables des conseils de la défenderesse, à la défenderesse (*déc.*, § 86 s. – sur la question, V. également *M. Raux, La charge des coûts de l'arbitrage dans la jurisprudence du CIRDI : Cahiers de l'arbitrage, Gaz. Pal. 14-15 déc. 2007, p. 28*).

La décision sera généralement différente lorsque le recours en annulation ne paraîtra pas manifestement mal fondé. Ainsi, dans les quatre autres affaires tranchées par des comités *ad hoc* en 2007, toutes ont partagé par moitié les frais de la procédure et laissé à chaque partie la charge de ses frais de conseils. Cette solution est du reste parfaitement en ligne avec ce que les comités *ad hoc* précédents avaient décidé. Comme le relèvent les décisions *MTD* et *CMS* (§ 110 et 161 respectivement, *supra* p. 330 et p. 360), « dans toutes les affaires précédentes sauf une », les comités *ad hoc* se sont prononcés de cette manière. L'exception visée est l'affaire *CDC c/ Seychelles* dans laquelle, par une décision du 29 juin 2005, le Comité *ad hoc* a condamné le demandeur à l'action en annulation à supporter l'intégralité des frais de la procédure d'annulation et des conseils adverses après avoir relevé que la demande d'annulation était « fondamentalement vouée à l'échec » et que, « aux yeux de tout observateur raisonnable et impartial, la République des Seychelles devait très probablement succomber » (*déc. 29 juin 2005, § 89*).

Les auteurs des décisions *MTD* et *CMS* n'avaient sans doute pas connaissance, au moment où ils se prononçaient sur la question, de la décision *Repsol* du 8 janvier 2007 bien qu'elle soit antérieure à leur propre décision. Celle-ci constitue en effet un autre exemple d'une décision de s'écarter de la pratique générale pour sanctionner l'attitude de la partie ayant formé un recours sur des bases trop ténues. La pratique est, à ce jour, homogène sur ce point. Elle consiste à partager les coûts de la procédure d'annulation et à laisser à chaque partie la charge de ses conseils, sauf lorsqu'il s'agit de sanctionner une demande d'annulation manifestement mal fondée. Il n'est pas sûr que cette pratique ne soit pas trop laxiste. Confrontés à des demandes d'annulation de plus en plus routinières, les comités *ad hoc* appelés à se prononcer à l'avenir seront peut-être conduits à réviser leur jugement à ce sujet.

III. – Plusieurs enseignements, d'importance inégale, nous paraissent résulter de l'analyse de la procédure de recours en annulation qui s'est déroulée dans l'affaire *Repsol*.

Le premier concerne la pratique permettant à un plaideur condamné par un tribunal arbitral CIRDI de suspendre, parfois pour une durée très longue, le caractère exécutoire de la sentence en formant un recours en annulation (suspensif de l'exécution pour peu que l'auteur du recours l'ait demandé et généralement suivi d'une décision de poursuite de la suspension par le comité *ad*

hoc) puis en s'abstenant de régler la provision demandée. Cette dernière défaillance entraîne une suspension de l'instance d'annulation, et donc un maintien de la suspension du caractère exécutoire de la sentence, jusqu'à ce que le CIRDI estime le retard excessif et menace de radier le recours en annulation. De ce fait, la propre défaillance de l'auteur du recours en annulation lui confère l'avantage paradoxal de lui permettre de ne pas s'acquitter non plus de la sentence litigieuse. À l'évidence, cette pratique n'est pas saine. Les règles existantes n'en font pas une fatalité. Avant de procéder à la suspension de la procédure d'annulation pour cause de défaillance de la partie qui requiert l'annulation sans le paiement de l'avance relative à cette procédure, le Centre devrait inviter le comité *ad hoc*, après avoir entendu les parties, à reconsidérer la question du maintien ou du retrait de la décision de suspendre l'exécution de la sentence pendant toute la période pendant laquelle la procédure risque d'être suspendue. À défaut, la suspension constitue un moyen facile pour la partie condamnée de différer l'exécution de la sentence de condamnation pour une durée ne dépendant, au moins dans un premier temps, que d'elle-même.

Le second enseignement de l'affaire *Repsol* concerne les coûts engendrés par la procédure d'annulation. Dans un contexte dans lequel le nombre d'affaires CIRDI ne cesse de s'accroître, tout laisse à penser que les parties ayant succombé dans l'arbitrage seront fortement tentées de former un recours en annulation devant un comité *ad hoc*. Lorsque les contours de ce qui devrait rester, pour reprendre une formule de tradition française, une voie de recours extraordinaire (V. en ce sens la décision rendue le 18 janvier 2006 dans l'affaire *RFCC* par un Comité *ad hoc* composé de MM. Bernard Hanotiau, Président, Franklin Berman et Arghyrios Fatouros, *JDI* 2007, p. 260) seront plus clairement fixés, la pratique actuelle consistant, pour l'essentiel, à partager les coûts et à laisser à chaque plaideur la charge de ses conseils pourra évoluer vers un système dans lequel, *more britanico*, les coûts sont répartis essentiellement en considération du résultat du recours. Ainsi par exemple, dans l'affaire *Soufraki*, dans laquelle la demande d'annulation était fondée sur des griefs presque aussi minces que ceux constatés dans l'affaire *Repsol* (V. *infra* p. 340), la décision de partager les frais de la procédure d'annulation entre les parties et de laisser à chacune d'entre elles la charge de ses frais de conseils peut apparaître particulièrement laxiste.

Article 52 de la Convention de Washington. – Recours en annulation. – Régime de la suspension de l'exécution provisoire de la sentence. – Conséquence d'une éventuelle annulation. – Répartition des coûts de la procédure d'annulation.

Traitement juste et équitable. – Attente légitime de l'investisseur. – Limites du rôle de la notion*.

Décision du 21 mars 2007 – MM. Gilbert Guillaume, Président, James Crawford, et M^{me} Sara Ordoñez Noriega, Membres du Comité ad hoc – MTD Equity Sdn. Bhd. et MTD Chile S.A. c/ République du Chili.

La décision du Comité de prolonger la suspension de l'exécution provisoire de la sentence n'est pas nécessairement assortie d'une caution bancaire tendant à annuler l'exécution de la sentence en cas de rejet de la demande d'annulation.

Une éventuelle décision d'annulation ne lie pas le nouveau tribunal arbitral susceptible d'être saisi après annulation de la première sentence.

Les coûts de la procédure d'annulation sont généralement supportés par parts égales entre les parties sauf si la demande d'annulation est manifestement infondée.

L'obligation de l'État d'accueil de réserver à l'investisseur un traitement juste et équitable ne résulte pas de l'attente des investisseurs mais des termes du traité de protection des investissements applicable.

Le 20 septembre 2004, la République du Chili a formé une demande d'annulation de la sentence rendue le 25 mai 2004 par un Tribunal arbitral composé de MM. Andrés Rigo Sureda, Président, Marc Lalonde et Rodrigo Oreamuno Blanco au profit de la société de droit malaisien MTD Equity Sdn. Bhd. et de sa filiale de droit local MTD Chile S.A. (collectivement « MTD »).

Le Comité *ad hoc* chargé d'en connaître a été composé de MM. Gilbert Guillaume, Président, de nationalité française, James Crawford, de nationalité australienne, et de M^{me} Sara Ordoñez Noriega, de nationalité colombienne. Une audience de procédure s'est tenue à Paris le 23 mars 2005. Le 1^{er} juin 2005, le Comité a ordonné la poursuite de la suspension de l'exécution de la sentence, sans que la garantie à première demande destinée à assurer l'exécution de la sentence en cas de rejet du recours en annulation, sollicitée par les demandeurs à l'action principale, ne soit accordée :

6. In its Decision of 1 June 2005, the Committee ordered that the stay of execution be continued without the need for Chile to put any security in place. It did so on the ground that the only prejudice the Claimants would suffer was in respect of delay which is, however, incidental to the Convention system of annulment and could be remedied by the payment of interest in the event the annulment application is unsuccessful. In particular the Committee noted Chile's representations (a) that the ICSID Convention has been fully implemented under Chilean law, with the consequence that an ICSID award is to be given exactly the same effect as a final judgment of the Chilean courts, and (b) that in conformity with its established practice, Chile will promptly comply with the present Award, if it is not annulled.

* Extraits de l'original en langue anglaise publié sur le site Internet du CIRDI. Pour la commodité des citations, la numérotation originale des paragraphes et des notes de bas de page a été conservée.

Après deux échanges de mémoires accompagnés des consultations de MM. Jan Paulsson et Arthur Watts pour le Chili et Christoph Schreuer pour MTD, une audience de plaidoirie s'est tenue à Paris le 10 avril 2006.

Le différend concernait un projet de développement d'un complexe urbain sur le site de Pirque, au sud de Santiago. Un contrat de développement passé avec diverses agences chiliennes le 13 décembre 1996, dont la *Foreign Investment Commission* (FIC) et le *Secretario Regional Ministerial* (SEREMI), a reçu, le 3 mars 1987, l'autorisation de la FIC auquel il était subordonné. Un autre contrat, correspondant à un investissement supplémentaire, a été approuvé par la FIC et signé le 13 mai 1997. Chacun de ces contrats prévoyait que l'investisseur serait soumis aux lois et règlements en vigueur concernant ses activités, sans préjudice de toute autre autorisation qui serait nécessaire en application de ces lois et règlements.

Le 16 avril 1998, les demandeurs se sont vu notifier que le projet n'était pas compatible avec la politique de développement urbain du Gouvernement. Le 3 juin 1998, le SEREMI a notifié à MTD que le plan d'occupation des sols (PRMS) ne serait pas modifié et que les modifications du plan d'occupation des sols nécessaires à la réalisation du projet ne seraient pas approuvées. Une demande d'assistance de la part de la FIC faite par l'investisseur a été déclinée et, le 4 novembre 1998, le ministre a mis un terme au projet.

C'est dans ces circonstances que, le 26 juin 2001, les demanderesses ont formé une demande d'arbitrage sur le fondement de l'Accord bilatéral de protection des investissements Malaisie-Chili de 1992 (l'« API », l'« API Malaisie-Chili »). Les demanderesses se plaignent du fait qu'après avoir encouragé leur investissement, créant ainsi une attente légitime quant à sa faisabilité, les autorités chiliennes ont fini par interdire le projet, engageant ainsi la responsabilité de l'État sur le fondement de l'API. Le Tribunal arbitral a estimé qu'en agissant comme il l'a fait, le Chili a méconnu l'obligation de réserver à l'investisseur un traitement juste et équitable au sens de l'API mais que les demanderesses ayant elles-mêmes failli à leur obligation de se protéger à l'encontre des risques commerciaux inhérents à leur investissement au Chili, la responsabilité devait être partagée à hauteur de 50 % avec l'État. C'est dans ces conditions que le Tribunal a condamné le Chili à payer aux demanderesses la somme de 5 871 322,42 dollars US assortie d'intérêts composés annuellement.

Après avoir rappelé les aspects non contestés du litige et décrit en détail le raisonnement suivi par la sentence, le Comité *ad hoc* analyse les notions d'excès de pouvoir manifeste, qui ne concerne pas seulement la compétence du Tribunal (§ 44), mais qui ne se confond pas non plus avec une erreur dans l'application de la règle de droit (§ 45 s.), d'inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure, d'absence de motifs, et rappelle, comme tous les comités *ad hoc* s'étant prononcé avant lui, que l'instance en annulation n'est pas une instance d'appel.

À l'argument de l'un des experts du Chili, Sir Arthur Watts, qui soutenait l'idée selon laquelle le Comité *ad hoc* devait comprendre son rôle de manière large dans l'intérêt de la justice, le Comité répond :

54. No doubt annulment committees have a role to perform within the ICSID system in ensuring « the fundamental justice of the arbitral process. » It is true also that the grounds for annulment do not distinguish formally (as, say, the UNCITRAL Model Law does) between jurisdictional errors and errors concerning the merits of the dispute and that a manifest excess of powers could well occur on a question of merits. At the same time the role of an ad hoc committee in the ICSID system is a limited one. It cannot substitute its determination on the merits for that of the tribunal. Nor can it direct a tribunal on a resubmission how it should resolve substantive issues in dispute. All it can do is annul the decision of the tribunal : it can extinguish a res judicata but on a question of merits it cannot create a new one.⁶³

A more interventionist approach by committees on the merits of disputes would risk a renewed cycle of tribunal and annulment proceedings of the kind observed in *Klöckner and AMCO*. Given that (after an uncertain start) successive decisions of ad hoc committees have established with reasonable clarity the extent and limits of the grounds for annulment under Article 52, the Committee believes that « the fundamental justice of the arbitral process » under the Convention is best served by adhering to the established approach. It is reinforced in this view by two considerations, one general and one specific. The general consideration is that Article 52(1) as interpreted by successive committees does give scope for quality control. The specific consideration is that in the present case, whether one likes the Tribunal's decision or not, it was reached on a rather narrow and specific ground, without systematic implications for controversial issues of the law of investment protection.

Le Comité *ad hoc* applique ensuite ces notions au cas d'espèce. Après avoir développé certaines considérations générales sur les rapports entre les différents chefs d'annulation et sur la notion d'inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure, le Comité aborde la notion de traitement juste et équitable sous l'angle de l'excès de pouvoir manifeste. Au cours de l'examen de l'argument selon lequel le Tribunal aurait commis un abus de pouvoir manifeste dans l'application du droit international, le Comité prend ses distances avec la formule de la sentence *Tecmed* du 29 mai 2003 :

65. [...] the Respondent focuses on the Tribunal's apparent reliance on the following passage from the award in the *TECMED* case for the content of the fair and equitable treatment standard :

[T]o provide to international investments treatment that does not affect the basic expectations that were taken into account by the foreign investor to make the investment. The foreign investor expects the host State to act in a consistent manner, free from ambiguity and totally transparently in its relations with the foreign investor, so that it may know beforehand any and all rules and regulations that will govern its investments, as well as the goals of the relevant policies and administrative practices or directives, to be able to plan its investment and comply with such regulations. Any and all State actions conforming to such criteria should relate not only to the guidelines, directives or requirements issued, or the

63. A reconvened tribunal following an annulment will no doubt have regard to the reasoning of an annulment Committee, but it is not formally bound by its views as to any issue on which the first tribunal's award has been annulled. See *Amco Asia II* (1992) 9 ICSID Reports 3, 36-39 (paras. 7.10-7.17). Furthermore, the ICSID practice so far has been to appoint different committee members on a second annulment, whereas requests for interpretation or revision as far as possible go to the same tribunal as rendered the award : Art. 50(2), 51(3).

resolutions approved thereunder, but also to the goals underlying such regulations. The foreign investor also expects the host State to act consistently, i.e. without arbitrarily revoking any preexisting decisions or permits issued by the state that were relied upon by the investor to assume its commitments as well as to plan and launch its commercial and business activities. The investor also expects the state to use the legal instruments that govern the actions of the investor or the investment in conformity with the function usually assigned to such instruments, and not to deprive the investor of its investment without the required compensation¹.

66. According to the Respondent, « the Tecmed programme for good governance » is extreme and does not reflect international law.² The *TECMED dictum* is also subject to strenuous criticism from the Respondent's experts, Mr. Jan Paulsson³ and Sir Arthur Watts⁴. They note, *inter alia*, the difference between the *TECMED* standard and that adopted in other cases, including one the Tribunal also cited in a footnote but without comment⁵.

67. The Committee can appreciate some aspects of these criticisms. For example the *TECMED* Tribunal's apparent reliance on the foreign investor's expectations as the source of the host State's obligations (such as the obligation to compensate for expropriation) is questionable. The obligations of the host State towards foreign investors derive from the terms of the applicable investment treaty and not from any set of expectations investors may have or claim to have. A tribunal which sought to generate from such expectations a set of rights different from those contained in or enforceable under the BIT might well exceed its powers, and if the difference were material might do so manifestly.

68. But however that may be, the Tribunal did not manifestly exceed its powers in the account it gave of the fair and equitable treatment standard, and this for three reasons.

69. The first is that legitimate expectations generated as a result of the investor's dealings with the competent authorities of the host State may be relevant to the application of the guarantees contained in an investment treaty. This is expressly accepted by the Respondent and in the case-law.⁶ The Committee examines below the question of MTD's reasonable expectations deriving from the conclusion of the Foreign Investment Contracts.

70. Secondly, in the Committee's view the formulation of the fair and equitable treatment standard adopted by the Tribunal was that contained in paragraph 113 of the Award, where it said :

*in terms of the BIT, fair and equitable treatment should be understood to be treatment in an even-handed and just manner, conducive to fostering the promotion of foreign investment. Its terms are framed as a pro-active statement – « to promote », « to create », « to stimulate » – rather than prescriptions for a passive behavior of the State or avoidance of prejudicial conduct to the investors⁷. The *TECMED dictum* was cited in support of this standard, not in substitution for it.*

1. Award, para. 114 (quoting *Técnicas Medioambientales TECMED S.A. V. The United Mexican States*, ICSID Case N° ARB(AF)/00/2, (2003), 10 ICSID Reports 130, 192-93, para. 154).

2. See Chile's Annulment Reply, para. 57.

3. Mr. Jan Paulsson, Expert Opinion, 22 July 2005, paras. 9-14.

4. Expert Opinion of Sir Arthur Watts, paras. 93-106.

5. Award, para. 114 (citing *Waste Management, Inc/ V. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, (2004) 11 ICSID Reports 361, 386, para. 98).

6. See Mr. Jan Paulsson, Expert Opinion, 22 July 2005, para. 15 ; see also Transcript of Annulment hearing at 51 (Ms. Gehring Flores).

7. Award, para. 113 ; see Award, paras. 109-13, for the Tribunal's discussion of the standard.

71. *Thirdly, a standard formulated in the terms of paragraph 113 is defensible. No doubt the extent to which a State is obliged under the fair and equitable treatment standard to be pro-active is open to debate, but that is more a question of application of the standard than it is of formulation. In any event the emphasis in the Tribunal's formulation is on « treatment in an even-handed and just manner. » In particular the Tribunal does not express the obligation in such a way as to eliminate the distinction between acts and omissions or to avoid all elements of risk for the investor. That is sufficient for the purposes of Article 52(1)(b) of the ICSID Convention. In short, in articulating this standard there is no indication that the Tribunal committed any excess of powers, let alone that it did so manifestly.*

Le Comité rejette ensuite le grief de violation manifeste du droit chilien. Tout en s'assurant que le champ d'application du droit chilien n'a pas été méconnu, le Comité relève :

75. *[...] Whether it got Chilean law (or for that matter international law) right on a matter falling within its jurisdiction is not for the Committee to decide on an annulment application.*

Il analyse ensuite, pour le rejeter, l'argument selon lequel le Tribunal aurait statué, sans y être autorisé, *ex aequo et bono*, puis aborde l'argument selon lequel le Tribunal n'aurait pas motivé sa décision sur le traitement juste et équitable.

Le Comité rappelle le principe dans les termes suivants :

78. *The second major challenge to the decision on the merits concerns the Tribunal's failure to state reasons. It will be recalled that the consistent jurisprudence of annulment committees treats this head of jurisdiction in terms of absence rather than inadequacy or brevity of reasoning – « a failure to state any reasons with respect to all or part of an award, not the failure to state correct or convincing reasons. »⁸⁷ It is also established that outright or unexplained contradictions can involve a failure to state reasons.*

Il l'applique ensuite pour constater que ce principe n'est pas fondé en l'espèce.

Le Comité procède ensuite à l'examen de la faute de l'investisseur qui a justifié un partage de responsabilité à 50/50. Il rejette les deux griefs de défaut de motifs allégués.

Pour l'appréciation du dommage, également attaqué pour défaut de motifs, le Comité estime qu'il n'y a pas lieu à annulation, même si le Comité est d'accord avec la défenderesse pour constater que sur certains aspects du quantum « la décision est très succincte » (§ 106).

Le Tribunal conclut au rejet du recours en annulation et se prononce sur la question des frais de la procédure d'annulation de la manière suivante :

110. *It remains to deal with the question of the costs of these annulment proceedings, as to which the Committee has a discretion. In all but one of the concluded annulment proceedings, Committees have made no order for the parties' own costs and have held that ICSID's costs should be borne equally by the parties. They did so not only where the application for annulment succeeded in whole or part but also where it failed.¹³⁹ In the latter cases, the party successful,*

87. *Vivendi (2002) 6 ICSID Reports 340, 358 (para. 64) : the whole passage is set out in para. 49, supra.*

139. *In the following seven cases, committees declined to order party costs against the unsuccessful party and split ICSID's costs of the proceedings : Klückner (1985) 2 ICSID Reports 4, 163 ; Amco Asia I (1986) 1 ICSID Reports 509, 542 ; MINE (1989) 4 ICSID Reports 79, 110 ; Amco Asia II (1992) 9 ICSID*

at least in part before the Tribunal, and successful in any case before the committee had to pay half the costs resulting from the request for annulment.

111. This result might be thought anomalous. However, in the interest of consistency of ICSID jurisprudence and in the circumstances of the present case, the Committee proposes to follow the existing practice. It does so noting that this practice is not without flexibility and admits of exception. In this regard, it observes that in *CDC Group PLC v Republic of the Seychelles*, the committee ordered the unsuccessful respondent to pay both the claimant's and ICSID's costs of the annulment proceedings. The committee noted that the annulment application was « fundamentally lacking in merit » and that the respondent's case was « to any reasonable and impartial observer, most unlikely to succeed. »¹⁴⁰ The same cannot be said here. As the Committee has already observed, Chile has expressed reasonable concerns transcending the amounts at stake.

112. The costs of the parties' own representation during the annulment proceedings are likewise within the Committee's discretion. The present case involved a complex and novel question of public importance concerning the assessment of regulatory risk in a case where a formal contract of foreign investment was concluded specifying the location of the investment. Taking into account that both parties were held to be at fault in relation to the dispute, the Committee decides to make no order as to the costs of representation before it.

OBSERVATIONS. – La décision rendue le 21 mars 2007 par un Comité *ad hoc* composé de MM. Gilbert Guillaume, Président, James Crawford, et M^{me} Sara Ordoñez Noriega, dans l'affaire *MTD c/ Chili*, retiendra l'intérêt sur deux points.

I. – Le premier tient à ses aspects procéduraux. Ceux-ci concernent le traitement de la suspension de l'exécution provisoire de la sentence, que le Comité ne subordonne pas à la mise en place d'une garantie d'exécution de la sentence, et à la répartition des coûts de l'arbitrage. Ces aspects ont été traités à l'occasion du commentaire de la décision *Repsol* du 8 janvier 2007 (*supra* p. 317).

Ils concernent également les conséquences d'une éventuelle annulation. Le Comité constate à juste titre que son pouvoir est limité à l'annulation ou au refus d'annulation de la sentence et que les considérations qui conduisent à cette décision ne s'imposent pas, en cas d'annulation, au nouveau tribunal susceptible d'être saisi. Aucune autorité de chose jugée n'existe à ce sujet, comme l'a déjà jugé le second Comité *ad hoc* dans l'affaire *Amco* le 17 décembre 1992 (§ 7.10 et 7.17) (*V. déc. MTD*, § 54, *supra*, p. 328).

II. – Le second intérêt de la décision tient aux réserves qu'elle émet sur la jurisprudence *Tecmed* dont la formule tend à s'imposer dans la détermination précise des obligations résultant, pour un État, de l'engagement de réserver aux investisseurs un traitement juste et équitable. C'est ce dernier point que l'on se propose d'examiner à présent.

Un standard tel que celui de traitement juste et équitable n'est pas susceptible de faire l'objet d'une définition à proprement parler, si l'on entend par

¹⁴⁰ *Reports 3* ; *Wena Hotels (2002) 6 ICSID Reports 129, 152* ; *Vivendi (2002) 6 ICSID Reports 340, 371* ; *Mitchell v DRC, decision of 1 November 2006*, § 67. (2005) 11 ICSID Reports 237, 266 (§ 89).

définition une formule spécifiant de manière immuable des présupposés dont la constatation entraîne des effets juridiques. La sentence qui a formulé d'une manière se rapprochant au plus près d'une définition, et dont les termes sont le plus souvent cités à ce sujet, est la sentence rendue le 29 mai 2003 par un Tribunal composé de MM. Horacio Grigera Naón, Président, José Carlo Fernandes Rozas et Carlos Bernal Vereá dans l'affaire *Tecmed* (V. *La jurisprudence du CIRDI, préc.*, p. 770).

Cette décision a été évoquée à titre de précédent par le Tribunal arbitral dont la décision est soumise au Comité *ad hoc* et a concentré toutes les critiques des experts du Chili, MM. Jan Paulsson et Arthur Watts. Ce dernier l'estime extrême et soutient qu'elle ne reflète pas les exigences du droit international (V. *déc.*, § 66, *supra* p. 329).

Le Comité *ad hoc* lui-même semble vouloir prendre quelque distance avec la formule de la sentence *Tecmed*. Il relève qu'une sentence qui justifierait l'obligation de l'État d'accueil d'indemniser une expropriation par l'attente de l'investisseur plutôt que par les dispositions du traité serait critiquable. Il estime que « les obligations de l'État d'accueil à l'égard des investisseurs étrangers découlent des termes du traité de protection des investissements applicable et non d'un jeu quelconque d'attentes que les investisseurs pourraient avoir ou prétendre avoir. Un tribunal qui estimerait devoir fonder sur ces attentes des droits différents de ceux qui résultent du traité et qui sont susceptibles de donner lieu à une action en application du traité pourrait bien excéder ses pouvoirs et, si la différence était significative, pourrait le faire de façon manifeste » (*déc.*, § 67, *supra* p. 329). Bien qu'il conclue que tel n'est pas le cas en l'espèce, le Comité se démarque ainsi clairement de la formule de la sentence *Tecmed*.

L'agacement ainsi manifesté à l'égard du subjectivisme exacerbé qui sous-tend certaines présentations de la matière se comprend assez bien. On constate en effet une tendance à concevoir tout le droit de l'investissement en termes « d'attentes » de l'investisseur : l'attente de ne pas être exproprié sans indemnisation, de voir l'État d'accueil respecter ses engagements, de voir l'État d'accueil maintenir un environnement stable et transparent notamment. L'attente de l'investisseur – ou, dans un jargon dans lequel l'usage du pluriel semble donner plus de force à chaque formule, « les attentes » de l'investisseur – paraissent constituer la clé de voûte de tout le système. L'attente de l'investisseur semble ainsi jouer, au début du XXI^e siècle, le rôle de formule incantatoire analogue à celle qui était réservée à la notion de « droit acquis » au début du XX^e. À cette époque, le droit transitoire, le droit international privé et la plupart des branches du droit privé, qu'il s'agisse du droit de la famille ou des obligations, étaient présentées en termes de « droits acquis ». Ces droits ne pouvaient être remis en cause sans perturber indûment l'ordre établi. L'« attente » ou « les attentes » de l'investisseur jouent aujourd'hui une fonction analogue. Une telle subjectivisation de la matière est fâcheuse. Elle pourrait laisser penser que l'étendue des obligations de l'État dépend de la manière dont l'investisseur les a comprises, ce qui serait manifestement inexact. Elle invite également l'État à mettre en avant ses propres attentes, celles de pouvoir nationaliser les entreprises qu'il estime

stratégiques, de réglementer tel ou tel secteur d'activité ou de faire évoluer son environnement législatif ou réglementaire par exemple. Ainsi, l'attente de l'investisseur de bénéficier d'un certain traitement se heurte à celle de l'État de conduire librement ses activités légitimes et ni l'une ni l'autre de ces formules ne permet, à elle seule, de fixer la ligne de partage entre les comportements susceptibles d'engager la responsabilité internationale de l'État et ceux qu'un État respectueux du droit peut avoir sans que l'on puisse le lui reprocher au regard du droit international. C'est en réalité le droit objectif, qu'il résulte du droit international général ou des traités de protection des investissements, et non la subjectivité de l'investisseur, qui permet de départager les comportements licites ou illicites de l'État. Il est vrai que la formule subjective d'« attente » est le plus souvent pondérée par le caractère « légitime » que doit présenter l'attente de l'investisseur pour être prise en considération par le droit. L'attente est alors celle d'un investisseur-type placé dans les mêmes conditions externes, et non celle de l'investisseur partie à la procédure. Réduite à sa plus simple expression, l'attente n'est légitime que si elle suppose de la part de l'État un comportement conforme au droit international et aux engagements spécifiques qu'il est susceptible d'avoir pris à son égard. Plus juste, la notion apparaît alors passablement circulaire. Aussi gagnerait-on probablement à éviter le détour rhétorique par la notion d'attente légitime de l'investisseur pour s'attacher à définir ce que sont les obligations d'un État respectueux du droit international. C'est en cela que les réserves de la décision du Comité *ad hoc* rendue dans l'affaire *MTD* (§ 67) peuvent se comprendre. Il reste que, même s'il gagne à être présenté en termes objectifs et non à travers la subjectivité d'un investisseur-type, l'apport de la jurisprudence *Tecmed* ne doit pas être minimisé. Celui-ci consiste à avoir donné un contenu concret à la formule très générale de l'obligation de l'État d'accueil de réserver à l'investisseur un traitement juste et équitable. On sait que cette formule, que l'on trouve dans de très nombreux traités de protection des investissements, ne se confond pas avec la licence qui serait donnée aux arbitres de statuer en amiables compositeurs. Elle signifie, comme contribue à l'explicitier la décision *Tecmed*, dont la formule se traduit aisément en termes objectifs, que l'État doit agir de manière cohérente, dénuée d'ambiguïté, transparente, qu'il doit maintenir un environnement suffisamment stable pour permettre à un investisseur raisonnablement diligent d'adopter une stratégie commerciale et la mettre en œuvre dans la durée, et qu'il doit agir de façon non arbitraire ou discriminatoire et sans détournement de pouvoir et dans le respect de ses engagements. Dans le même esprit, la décision sur le principe de responsabilité rendue le 3 octobre 2006 dans l'affaire *LG&E* par un Tribunal composé de M^{me} Tatiana B. de Maekelt, Président, et de MM. Francisco Rezek et Albert Jan van den Berg, arbitres, indique que « le standard de traitement juste et équitable inclut l'obligation pour l'État d'accueil d'avoir un comportement cohérent et transparent, dépourvu d'ambiguïté, impliquant l'obligation de mettre en place et de maintenir un cadre juridique stable et prévisible nécessaire à la satisfaction des attentes légitimes de l'investisseur étranger » (*V. JDI 2007, p. 322*). Si l'on fait abstraction de la référence ultime à l'attente de l'investisseur qui ne peut se

comprendre que comme celle d'un investisseur type et que le qualificatif de « légitime » objectivise, les obligations de l'État découlant du traité lui imposant de réserver à l'investisseur un traitement juste et équitable peuvent ainsi se définir de manière purement objective, la jurisprudence arbitrale donnant des contours précis à ce qui pouvait apparaître comme une notion vague. La sentence rendue le 25 mai 2004 par le Tribunal arbitral dans l'affaire *MTD* a elle-même apporté sa pierre – il est vrai modeste – à la définition de ces contours, en des termes que le Comité *ad hoc* rappelle en son paragraphe 70 : l'État doit réserver à l'investisseur un traitement équilibré et juste, de nature à assurer la promotion des investissements étrangers (*sentence*, § 113).

Dans l'affaire *MTD*, c'est la participation de diverses agences compétentes aux contrats qui se trouvent à l'origine du projet et les encouragements qui ont paru en résulter pour l'investisseur qui ont justifié la condamnation de l'État d'accueil pour avoir ultérieurement interdit la réalisation du projet, même si l'imprudence de l'investisseur a pu conduire le Tribunal à réduire de moitié la responsabilité de l'État. Le Comité *ad hoc* a estimé qu'en retenant une telle solution, le Tribunal n'avait pas excédé ses pouvoirs, et moins encore ne les avait excédé de façon manifeste (*déc.*, § 71, *supra* p. 330). La décision *MTD* peut, de ce fait, être comptée au rang de celles qui, progressivement, donnent une réalité concrète à la notion de traitement juste et équitable, par un mouvement d'accumulation de précédents caractéristiques de la création prétorienne du droit (sur la question, V. *supra* p. 316, et, sur la notion de traitement juste et équitable, C. Schreuer, *Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice : Journal of World Investment & Trade*, 2005, p. 357. – R. Dolzer, *Fair and Equitable Treatment : A Key Standard in Investment Treaties : International Law*, 2005, p. 87. – C. Yannaca-Small, *Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law : Doc. OCDE n° 2004/3, sept. 2004*, disponible sur le site Internet de l'Organisation. – I. Tudor, *Great Expectations : The Fair and equitable treatment standard in the international law of foreign investment : Thèse, Institut universitaire européen de Florence*, 2005. – F. Dupuy, *La protection de l'attente légitime des parties au contrat : Thèse Paris II*, 2007. – J. Cazala, *Le traitement juste et équitable : transparence et protection des attentes légitimes de l'investisseur : Cahiers de l'arbitrage*, *Gaz. Pal.* 14-15 déc. 2007, p. 44).

Article 52 de la Convention de Washington. – Recours en annulation. – Excès de pouvoir. – Application à la compétence du tribunal arbitral. – Exigence de caractère manifeste (oui).

Compétence du centre. – Nationalité d'un autre État contractant. – Nationalité couverte par le traité de protection des investissements servant de fondement à la compétence. – Certificat de nationalité. – Passeport. – Preuve *prima facie* susceptible d'appréciation contraire du tribunal arbitral*.

Décision du 5 juin 2007 – MM. Florentino Feliciano, Président, Omar Nabulsi et Madame Brigitte Stern, Membres du Comité ad hoc, avec l'opinion dissidente de M. Omar Nabulsi – Hussein Nuaman Soufraki c/ Émirats Arabes Unis.

Même lorsqu'il a trait à l'appréciation par le Tribunal arbitral de sa compétence, un excès de pouvoir n'est une cause d'annulation de la sentence que s'il présente un caractère manifeste.

C'est au Tribunal arbitral qu'il appartient d'apprécier la nationalité du demandeur pour les besoins de l'appréciation de la compétence du tribunal, un certificat de nationalité ou un passeport émanant de l'État en cause n'ayant qu'une valeur de preuve prima facie susceptible d'appréciation contraire.

Le 4 novembre 2004, M. Hussein Soufraki a formé un recours en annulation contre la sentence d'incompétence rendue le 7 juillet 2004 par un Tribunal arbitral composé de MM. Yves Fortier, Président, Stephen Schwebel et Aktham El Kholi.

Un Comité *ad hoc* composé de MM. Florentino Feliciano, de nationalité philippine, Président, Omar Nabulsi, de nationalité jordanienne, et de M^{me} Brigitte Stern, de nationalité française, a été mis en place pour en connaître, M^{me} Martina Polasek, Conseiller juridique senior au CIRDI, agissant comme secrétaire du Comité. Une audience de procédure s'est tenue à La Haye le 19 mai 2005 et une audience de fond à Washington D.C. les 13 et 14 juin 2006.

M. Soufraki, personne physique se présentant comme étant de nationalité italienne, a formé une demande d'arbitrage sur le fondement de l'Accord bilatéral de protection des investissements conclu en 1995 entre l'Italie et les Émirats Arabes Unis (UAE) et entré en vigueur en 1997 (le « Traité » ou l'« API »).

Le différend concernait un contrat de concession entre le Département des ports et douanes de Dubaï et le demandeur, qui se présentait dans le contrat comme étant de nationalité canadienne. La concession ayant été annulée, M. Soufraki a réclamé réparation du préjudice subi sur le fondement du Traité.

Pour prouver sa nationalité, M. Soufraki s'est prévalu de pas moins de cinq certificats de nationalité émanant de diverses autorités italiennes. Devant le Tribunal arbitral, la question de la nationalité effective et dominante de M. Soufraki, qui a acquis la nationalité canadienne en 1991, puis la question de l'existence pure et simple de sa nationalité italienne ont été successivement débattues. La défenderesse a soumis une consultation du professeur Giorgio Sacerdoti tendant à démontrer que l'acquisition d'une autre nationalité avait entraîné la perte de la nationalité italienne.

* Extraits de l'original en langue anglaise publié sur le site Internet du CIRDI. Pour la commodité des citations, la numérotation originale des paragraphes et des notes de bas de page a été conservée.

Par sa sentence du 7 juillet 2004, le Tribunal a estimé que M. Soufraki avait effectivement perdu la nationalité italienne et que le Tribunal n'avait, en conséquence, pas besoin de se prononcer sur sa nationalité effective. Il en a conclu que M. Soufraki ne pouvait se prévaloir de l'API Italie-Émirats Arabes Unis.

Pour parvenir à cette conclusion, le Tribunal a estimé que les certificats de nationalité émis par les autorités de l'État concerné ne constituaient qu'une preuve *prima facie* de la nationalité de l'intéressé et que c'est au Tribunal arbitral qu'il appartenait d'apprécier la nationalité de l'investisseur. Il a estimé par ailleurs que M. Soufraki pouvait très bien ne pas avoir eu conscience d'avoir perdu sa nationalité italienne par l'effet de la loi.

Le Comité *ad hoc* rappelle les chefs d'annulation et le fait que le recours en annulation ne constitue pas un appel (§ 20). Il examine ensuite les standards d'interprétation applicables. Les griefs de l'article 52 ne doivent être interprétés ni de manière restrictive, ni de manière extensive, mais de manière conforme à l'objet et au but de la Convention de Washington (§ 21). En cas de doute, il n'existe aucune présomption en faveur de la validité de la sentence (§ 22). Le Comité *ad hoc* doit se préoccuper de l'intégrité du tribunal, de l'intégrité de la procédure et de l'intégrité de la sentence (§ 23).

24. The three goals which the ICSID annulment mechanism seeks to secure – integrity of the tribunal, integrity of the procedure and integrity of the award – shape the annulment process itself and make it an important and serious matter. An ad hoc committee is responsible for controlling the overall integrity of the arbitral process and may not, therefore, simply determine which party has the better argument. This means that an annulment, as already stated, is to be distinguished from an ordinary appeal, and that, even when a ground for annulment is justifiably found, an annulment need not be the necessary outcome in all circumstances. It is true that one of the differences between annulment and appeal lies in their outcome. In a successful appeal, the appellate tribunal can reverse the initial decision and correct the solution. In a successful application for an annulment, the result can only be the invalidation of the original decision, not its correction. This being said, the ad hoc Committee considers that, with regard to the reasoning of the award, if the Committee can make clear – without adding new elements previously absent – that apparent obscurities are, in fact, not real, that inadequate statements have no consequence on the solution, or that succinct reasoning does not actually overlook pertinent facts, the Committee should not annul the initial award. For example, as regards the ground that the award has failed to state the reasons on which it is based, if the ad hoc Committee can « explain » the Award by clarifying reasons that seemed absent because they were only implicit, it should do so.

En l'espèce, le demandeur invoquait deux chefs d'annulation, l'excès de pouvoir manifeste et le défaut de motifs, sa position ayant évolué au cours de la procédure. Cette évolution ne conduit cependant pas le Comité à rejeter le dernier état des prétentions du demandeur, aucun grief nouveau n'ayant été invoqué en cours de procédure, l'argumentation ultérieure ne faisant que développer des griefs implicitement présents dans la demande d'annulation initiale (§ 34).

Après avoir constaté que les griefs articulés à l'encontre de la sentence se recoupaient largement, le Comité énonce d'abord quelques considérations de nature générale sur l'excès de pouvoir manifeste. Cette notion s'applique aussi bien aux conditions objectives de la compétence du tribunal, au droit applicable et aux questions de fond soumises au Tribunal arbitral (§ 37). Le Comité définit la notion de manifeste au sens de l'article 52 de la Convention. Est manifeste ce qui est évident, qui n'est pas susceptible d'être argumenté dans un sens ou dans un autre, ce qui ne prend pas des centaines de pages à exposer (§ 39).

En l'espèce, l'excès de pouvoir manifeste résulterait à titre principal de l'usurpation, par le Tribunal arbitral, du pouvoir d'apprécier lui-même la nationalité du demandeur. A supposer que le Tribunal arbitral possède un tel pouvoir, il résulterait, à titre subsidiaire, de son incapacité à appliquer correctement le droit italien et par voie de conséquence, du fait qu'il n'ait pas exercé un pouvoir qu'il possédait en raison de l'appréciation erronée qu'il a faite de sa compétence.

Ces trois griefs seront appréciés tour à tour par le Comité.

Le premier consistait à soutenir que les autorités de chaque État doivent se voir reconnaître le dernier mot sur la détermination de leurs nationaux, sauf dans des circonstances extrêmement limitées. Ces circonstances se rencontrent lorsque la nationalité est octroyée dans des conditions contraires au droit international ou n'est pas effective, ou encore lorsque les documents établissant la nationalité ont été obtenus de manière frauduleuse. En d'autres termes, le Tribunal arbitral serait tenu d'accepter les certificats de nationalité ou passeports comme établissant la nationalité, sauf preuve de la violation du droit international par l'État qui les a établis ou de l'ineffectivité de la nationalité litigieuse.

Le Comité estime que le Tribunal arbitral, compétent pour connaître de sa propre compétence, doit apprécier si la condition de nationalité du demandeur, condition objective de la compétence du Centre, est satisfaite. Sa tâche n'est pas de conférer la nationalité mais de la constater. Il a le pouvoir et le devoir de procéder, à cet effet, à l'analyse du droit applicable, en l'occurrence le droit italien.

Un État n'a pas nécessairement le dernier mot lorsqu'il s'agit d'interpréter, pour les besoins de l'appréciation de la compétence du tribunal arbitral, son propre droit (§ 59). C'est certes à l'État concerné qu'il appartient de fixer les conditions auxquelles il accorde sa nationalité. Un tribunal arbitral ne pourrait écarter une disposition du droit en question parce qu'il l'estimerait inappropriée. En revanche, c'est au tribunal arbitral qu'il appartient d'apprécier si la nationalité a été acquise en application de ces conditions :

64. [...] the principle is in fact well established that international tribunals are empowered to determine whether a party has the alleged nationality in order to ascertain their own jurisdiction, and are not bound by national certificates of nationality or passports or other documentation in making that determination and ascertainment. This principle is well supported by the case law of international tribunals including ICSID tribunals, as well as by scholarly commentary on the subject [...].

Cette considération est étayée par la citation par le Comité de nombreux précédents. C'est ainsi que le Comité évoque la décision de la Commission Mixte des réclamations États-Unis-Costa Rica du 31 décembre 1862 (citée in John Bassett Moore, *History and Digest of the International Arbitration to which the United States Has Been a Party*, p. 2587-8), l'affaire *Flutie* de 1904 (IX RIAA, p. 148) ou de l'affaire *Flegenheimer* (1958, 25 I.L.R., p. 1087). Le Comité cite également la sentence rendue par le Tribunal arbitral CIRDI dans l'affaire *Champion Trading* le 27 octobre 2006 et les écrits d'un certain nombre d'auteurs (A. Broches, *Documents Concerning the Origin and Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States Vol. II, Document Z11*, 9 juillet 1964, p. 582 ; R. Jennings and A. Watts, *Oppenheim's International Law*, 9th ed., Harlow, Longman, 1992, p. 854-855 ; K.V.S.K. Nathan, *ICSID Convention : The Law of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, New York, Juris, 2000, p. 86-87 ; Schreuer, *The ICSID Convention : A Commentary*, Cambridge, 2001, p. 268). Il en conclut :

76. Summarizing, the Tribunal had the power to determine whether it had jurisdiction to hear the dispute. In determining whether the jurisdictional requirements of the ICSID Convention and the BIT have been satisfied, the Tribunal is empowered to make its own investigation into the nationality of parties regardless of the presence of official government nationality documents. Certificates of nationality constitute prima facie – not conclusive – evidence, and are subject to rebuttal. In fine, the Tribunal did not manifestly exceed its powers in deciding that it had to determine for itself Mr. Soufraki's nationality.

Le deuxième grief, avancé à titre subsidiaire, était tiré de l'excès de pouvoir manifeste dans l'application du droit italien. Cet excès de pouvoir aurait consisté dans le fait de ne pas prétendre appliquer mais seulement de reconnaître un « poids important » au droit italien, à ne pas l'avoir appliqué comme l'auraient fait les juridictions italiennes et à ne pas avoir appliqué les règles italiennes de preuve.

Le Comité rappelle à ce sujet la distinction entre la non-application du droit applicable et son application erronée, qui n'est pas une cause d'annulation. Il en va de même des erreurs de fait. Il constate ensuite que le Tribunal a appliqué le droit italien ; qu'il n'a appliqué que le droit italien, même si l'expression « poids important » n'était pas très heureuse ; qu'il a appliqué toutes les règles du droit italien et s'est efforcé, de bonne foi, de l'appliquer comme une juridiction italienne l'aurait fait. Quant aux règles de preuve, le Tribunal devait faire application de celles du droit international, non de celles du droit italien, et c'est ce qu'il a fait.

Le troisième grief consistait à reprocher au Tribunal de ne pas avoir exercé une compétence qu'il possédait en rendant, à tort, une sentence d'incompétence. Pour le rejeter, le Comité constate d'abord qu'il n'est pas exact que toute appréciation erronée de sa compétence par un tribunal arbitral constitue, par nature, une erreur manifeste.

*117. [...] This thesis was documented by a citation from Philippe Pinsolle :
« If both Parties have consented to arbitration and the Tribunal does not exercise this jurisdiction, it deprives them of the neutral forum to which they agreed, and*

which, in the context of investment arbitration, is often the basis of the investor's decision to invest. In other words, when consent to arbitration is found to exist, refusing to give effect to this consent amounts to modifying the agreement between the Parties. Refusing to exercise jurisdiction where it exists would as a result necessarily entail committing a manifest excess of powers. »¹¹⁶

118. The ad hoc Committee sees no reason why the rule that an excess of power must be manifest in order to be annulable should be disregarded when the question under discussion is a jurisdictional one. Article 52(1)(b) of the Convention does not distinguish between findings on jurisdiction and findings on the merits. As noted by the ad hoc committee in MTD Chile :

« ... the grounds for annulment do not distinguish formally... between jurisdictional errors and errors concerning the merits of the dispute and... manifest excess of powers could well occur on a question of merits. »

119. It follows that the requirement that an excess of power must be « manifest » applies equally if the question is one of jurisdiction. A jurisdictional error is not a separate category of excess of power. Only if an ICSID tribunal commits a manifest excess of power, whether on a matter related to jurisdiction or to the merits, is there a basis for annulment.

Le Comité en conclut que la conclusion du Tribunal sur la nationalité de M. Soufraki ne constituant pas une erreur manifeste, le grief doit être rejeté.

Sur la question du défaut de motifs, au sens de l'article 52(1)(e) de la Convention de Washington, le Comité énonce d'abord certains principes. Ce grief ne concerne pas la validité des prémisses sur lequel le raisonnement est fondé (§ 121). Des motifs insuffisants ou inadéquats, aussi bien que des motifs contradictoires sont susceptibles de justifier une annulation (§ 122).

123. Insufficient or inadequate reasons refer to reasons that cannot, in themselves, be a reasonable basis for the solution arrived at [...].

Après avoir rappelé les formules des décisions de précédents comités *ad hoc*, le Comité conclut :

126. In quick summary, the ad hoc Committee considers that there may be a ground for annulment in the case of:

- a total absence of reasons for the award, including the giving of merely frivolous reasons ;*
- a total failure to state reasons for a particular point, which is material for the solution ;*
- contradictory reasons ; and*
- insufficient or inadequate reasons, which are insufficient to bring about the solution or inadequate to explain the result arrived at by the Tribunal.*

127. In appraising the sufficiency or adequacy of the reasons set out by a tribunal in its award, an ad hoc committee needs to maintain a balance between certain considerations. A relevant consideration is that the requirement of stating reasons in an award, and indeed the whole annulment procedure in ICSID, was not designed to drive arbitrators to reach for juridical perfection in the crafting of their awards. The limitation of recourse to the annulment mechanism to the few grounds listed in Article 52(1) serves to reinforce the finality and stability of ICSID awards, itself an important policy consideration in the absence of a

116. Ph. Pinsolle, « Manifest » Excess of Power and Jurisdictional Review of ICSID Awards in Appeals and Challenges to Investment Treaty Awards in 2 *Transnational Dispute Management*, April 2005, p. 28, at p. 31- 32.

standing appeals institution comparable to the Appellate Body of the World Trade Organization. Another, sometimes competing, consideration is that the requirement of stating reasons may, as a practical matter, frequently be the only way by which compliance with the fundamental prohibition of manifest excess of power and with the critical duty to apply the proper law may be observed. The more lucid and explicit the reasons set out by a tribunal, the easier it should be to observe what a tribunal is in fact doing by way of compliance.

128. *It is scarcely necessary to note that reasons set out in an ICSID arbitral award do not become insufficient or inadequate under Article 52(1)(e) of the ICSID Convention simply because such reasons are not documented by citations to the relevant case law or literature. Lack of references supporting a proposition in an award is not, by itself, a ground for annulment,¹²⁴ particularly where such documentation is provided by the parties to the case in their memorials and counter-memorials, and relate to well-known propositions. It is also possible that a tribunal may give reasons for its award without elaborating the factual or legal bases of such reasons. So long as those reasons in fact make it possible reasonably to connect the facts or law of the case to the conclusions reached in the award, annulment may appropriately be avoided.¹²⁵*

Le Comité examine ensuite les motifs avancés par le Tribunal arbitral et conclut que la sentence litigieuse était bien motivée. Le raisonnement du Comité *ad hoc* est précédé de la considération selon laquelle :

131. *In the view of the ad hoc Committee, it has to verify the existence of reasons as well as their sufficiency – that they are adequate and sufficient reasonably to bring about the result reached by the Tribunal – but it cannot look into their correctness. It is of course not necessary for a tribunal to give a reason for an assertion which is in itself a reason. That would be to initiate an endless and regressive cycle of reasoning. Not every word has to be explained. Generally accepted propositions need not be extensively justified.*

Le Comité statue enfin sur les frais de la procédure d'annulation. Après avoir cité la formule de la décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *MTD c/ Chili* selon laquelle dans la quasi-totalité des affaires, les frais de la procédure d'annulation ont été partagés entre les parties, chacune conservant la charge de ses conseils, le Comité conclut qu'il est justifié, en l'espèce, de suivre cette pratique.

La décision, signée de M^{me} Brigitte Stern et de M. Florentino Feliciano, est accompagnée d'une opinion dissidente de M. Omar Nabulsi, dans laquelle celui-ci indique qu'à son avis, en ne reconnaissant pas la valeur profonde des certificats de nationalité avancés par le demandeur, le Tribunal n'a pas même traité comme ayant une valeur *prima facie* cette preuve qui n'était contredite par

124. *In his analysis of Klöckner I, Christopher Schreuer stated that « (t)he Tribunal's reasoning was, no doubt, open to criticism on account of its laxity in citing sources and its failure to rely on specific legal authority. But this is a far cry from a failure to apply the proper law constituting an excess of powers. The function of annulment is to preserve the basic legitimacy of the arbitration process... Quality control over the reasoning of tribunals is not one of the functions of annulment. », op. cit. note 21, p. 953.*

125. *The same position was adopted in a recent decision on an application for annulment in CDC V. Seychelles : Article 52(1)(e) requires that the Tribunal states reasons, and that such reasons be coherent, i.e., neither « contradictory » nor « frivolous » but does not provide us with the opportunity to opine on whether the Tribunal's analysis was correct or its reasoning persuasive., para. 70. The ad hoc Committee notes also the statement of the CDC V. Seychelles's committee to the effect that ad hoc committees should « not intrude into the legal and factual decision making of the Tribunal, » idem.*

aucun autre élément du dossier et a fait une application erronée du droit italien constituant un excès de pouvoir manifeste.

OBSERVATIONS. – L'intérêt essentiel de la décision rendue le 5 juin 2007 par le Comité *ad hoc* composé de Florentino Feliciano, Président, de M^{me} Brigitte Stern et de M. Omar Nabulsi et mis en place pour connaître de la sentence d'incompétence rendue le 7 juillet 2004 dans l'affaire *Soufraki c/ Émirats Arabes Unis* tient au fait qu'il condamne très clairement l'opinion doctrinale selon laquelle lorsqu'il s'applique à l'appréciation de sa compétence un excès de pouvoir commis par un tribunal arbitral est toujours manifeste. La décision invite également à s'interroger sur l'étendue du contrôle du défaut de motifs en application de l'article 52(1)(e) de la Convention. Sur le fond, elle confirme, sans grande surprise, qu'un tribunal arbitral confronté à une contestation portant sur la nationalité du demandeur dont dépend la compétence du tribunal arbitral doit apprécier lui-même cette nationalité, sans accorder plus de poids aux certificats émanant des autorités de l'État concerné que celui d'un simple élément de preuve *prima facie*. On examinera tour à tour chacun des trois aspects de la décision (sur le caractère peu sévère de la décision du Comité sur la répartition des coûts de procédure et des frais de conseils, V. également *supra* p. 325).

I. – La question de l'éventuel assouplissement de l'exigence du caractère « manifeste » que doit présenter un excès de pouvoir pour constituer une cause d'annulation d'une sentence CIRDI lorsque cet excès de pouvoir concerne la compétence du tribunal arbitral résulte d'une suggestion doctrinale.

L'article 52(1)(b) de la Convention vise l'« excès de pouvoir manifeste du Tribunal » au rang des causes d'annulation d'une sentence CIRDI par un comité *ad hoc* sans distinguer selon que ce grief concerne la compétence du tribunal arbitral, le droit applicable ou le fond de l'affaire. Cette formulation se trouve à l'origine de ce qui constitue, sur le fond, la différence la plus importante entre les causes d'annulation rencontrées en droit commun de l'arbitrage et celles qui prévalent en matière d'arbitrage CIRDI – la différence essentielle étant, sur le plan procédural, que le système d'annulation CIRDI est propre à l'institution alors que, en droit commun de l'arbitrage, le contrôle de l'annulation est exercé par les juridictions étatiques. Cette différence de fond est double, les causes d'annulation de l'article 52 étant à la fois plus larges et plus restrictives que celles du droit commun. Elles sont plus larges en ce qu'elles permettent un certain contrôle sur le fond de la décision, l'excès de pouvoir manifeste pouvant concerner aussi bien le fond du droit que la compétence du tribunal arbitral. Cela oppose les causes d'annulation du système CIRDI à celles du droit commun de l'arbitrage, la plupart des lois modernes de l'arbitrage ayant exclu tout contrôle au fond. On se souvient des critiques que le grief d'« arbitraire » du Concordat suisse sur l'arbitrage de 1969 avait suscitées, avant que la loi de 1987 n'exclue tout contrôle au fond, hors celui de la violation de l'ordre public international. La loi type de la CNUDCI elle-même, en alignant les causes d'annulation sur celles de refus d'exécution de l'article V de la Convention de New York de 1958, ne laisse aucune place à un contrôle au fond, hors celui de

l'ordre public international. Il n'y a plus guère que le droit anglais et le droit américain qui fassent encore, en droit commun de l'arbitrage, une place à un contrôle de fond, à travers les notions de « serious irregularity » ou de « manifest disregard of the law ». Les causes d'annulation du CIRDI sont cependant également plus restrictives que celles du droit commun en ce que l'erreur d'appréciation du tribunal sur sa compétence, que ce soit pour affirmer une compétence qu'il n'a pas ou pour refuser d'exercer une compétence dont il dispose, n'est pas traitée en tant que telle par l'article 52. Ce n'est qu'à travers le concept d'excès de pouvoir manifeste que l'hypothèse est envisagée, que ce soit dans son aspect d'usurpation d'un pouvoir de juger inexistant ou de refus d'exercer un pouvoir existant (sur le fait que l'excès de pouvoir de l'article 52 puisse concerner un « excès de pouvoir manifeste négatif » couvrant cette dernière hypothèse, V. par ex. la décision du Comité *ad hoc* rendue dans l'affaire *Vivendi I* le 3 juillet 2002 in *La jurisprudence du CIRDI, préc.*, p. 719 s. et les obs. p. 765). Ainsi, à prendre l'article 52 à la lettre, des situations peuvent se concevoir dans lesquelles un tribunal arbitral CIRDI peut s'être déclaré à tort compétent ou incompétent sans qu'un comité *ad hoc*, pourtant conscient de cette erreur, ne juge opportun d'annuler la sentence, faute pour l'erreur en cause de constituer un excès de pouvoir manifeste. L'erreur sur la compétence sera certes, par nature, un excès de pouvoir, positif ou négatif, mais celui-ci peut ne pas présenter un caractère « manifeste ».

C'est sans doute dans le souci de réduire cette divergence entre l'arbitrage CIRDI et le droit commun de l'arbitrage que certains auteurs ont avancé l'idée qu'un excès de pouvoir concernant la compétence du tribunal arbitral est nécessairement manifeste. Dans cette thèse, qui insiste sur l'importance du consentement qui se trouve à l'origine du pouvoir de juger des arbitres, une décision erronée sur la compétence constituerait toujours un excès de pouvoir « manifeste » (V. en dernier lieu Ph. Pinsolle, *Jurisdictional Review of ICSID Awards : Journal of World Investment & Trade*, 2004, p. 613, spéc. p. 620 et « Manifest » *Excess of Power and Jurisdictional Review of ICSID Awards in Investment Treaty Law : Current Issues, Vol. 1* (F. Ortino, A. Sheppard, H. Warner, eds), 2006, p. 51 s., spéc. p. 54. – dans le même sens, V. déjà D. Thompson, *The Klöckner V. Cameroon Appeal. A Note on Jurisdiction : Journal of International Arbitration*, 1986, p. 93. – en sens contraire, sur le fait que la complexité des règles de compétence a conduit les auteurs de la Convention de Washington à prévoir une soupape de sécurité en exigeant la constatation du caractère manifeste de l'excès de pouvoir, même en matière de compétence, cette interprétation étant la seule « conforme à l'esprit et à la lettre de la Convention », V. E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI, préc.*, p. 193 et *JDI* 1987, p. 187 et 188).

Cette thèse est évoquée par le Comité *ad hoc* dans l'affaire *Soufraki* (§ 117, *supra* p. 338) mais condamnée au motif que l'exigence qu'un excès de pouvoir soit manifeste s'applique également aux questions de compétence, l'erreur sur la compétence n'étant pas une catégorie distincte d'excès de pouvoir (§ 118, *supra* p. 339). Le Comité *ad hoc* qui a statué dans l'affaire *INA (Lucchetti)* le

5 septembre 2007 s'est prononcé dans le même sens. Comme le Comité ayant statué dans l'affaire *Soufraki*, il évoque, dans sa décision, la thèse selon laquelle, lorsqu'un tribunal a retenu à tort sa compétence ou s'est déclaré à tort incompétent, il n'y aurait pas à se demander si l'excès de pouvoir qui en résulte est manifeste (*déc.*, § 100, *infra p.* 347). Le Comité écarte cependant cette conclusion sur le seul fondement du texte de l'article 52(1)(b) de la Convention qui « ne fait aucune exception pour les questions de compétence » (*déc.*, § 101, *infra p.* 347). Ainsi qu'on aura l'occasion de le constater, l'affaire *INA (Lucchetti) c/ Pérou* constitue probablement la meilleure illustration d'une espèce dans laquelle un tribunal arbitral a fait une appréciation erronée de questions commandant l'appréciation de sa compétence mais dans laquelle cette erreur ne s'est pas traduite par une annulation faute d'avoir été jugée avoir un caractère manifeste par la majorité des membres du Comité *ad hoc* (sur la nature de l'erreur en cause, V. *infra p.* 349).

Dans l'affaire *Soufraki*, les données du litige qui commandaient l'appréciation de la compétence du tribunal étaient beaucoup plus claires. Le Comité étant parvenu, à l'issue d'une analyse détaillée de la question des pouvoirs d'un tribunal arbitral confronté à une question de nationalité dans laquelle une partie invoquait essentiellement l'argument d'autorité découlant de certificats de nationalité de l'État concerné, à la conclusion que le tribunal était parfaitement en droit – et en réalité avait le devoir – de procéder à sa propre analyse des faits et des règles de droit applicable à la situation, aucun excès de pouvoir n'a été constaté et la question du caractère « manifeste » d'un excès de pouvoir éventuel ne se posait donc pas.

II. – Le contrôle du défaut de motifs de l'article 52(1)(e) de la Convention peut être compris de manière plus ou moins large. Il peut être entendu comme un contrôle portant sur l'existence d'une motivation sur l'ensemble des questions litigieuses ou comme un contrôle de la pertinence, voire du bien fondé, de la motivation retenue par les arbitres. Dans le premier cas, il s'agit d'un contrôle externe, destiné à s'assurer que le tribunal arbitral s'est préoccupé de l'ensemble des questions qui lui étaient soumises. Dans l'autre, le contrôle des motifs dérive vers un contrôle de fond. Seule la première de ces interprétations est conforme au vœu des auteurs de la Convention de Washington. Ceux-ci n'ont en effet pas entendu faire du comité *ad hoc* un organe d'appel. Il y a lieu cependant d'y prendre garde si l'on veut éviter que les protestations vertueuses des comités *ad hoc* qui, tous, ont observé qu'ils n'étaient pas une instance d'appel (V. par ex. en dernier lieu, la décision *Repsol*, § 79, la décision *MTD*, § 31 et 52, la décision *Soufraki*, § 20, la décision *INA (Lucchetti)*, § 101 et la décision *CMS*, § 135 et 136) entrent en contradiction avec la réalité d'un contrôle des motifs compris de façon très large. En revanche, il est aujourd'hui acquis dans la jurisprudence arbitrale des comités *ad hoc* qu'une contradiction de motifs équivaut à une absence de motifs (V. par ex. en dernier lieu, les décisions rendues dans les affaires *MTD* (§ 50 et 78), *Soufraki* (§ 122 et §§ 125-126), *Lucchetti* (§ 127) et *CMS* (§ 54 et 57). Cela se comprend dans un système dans lequel il existe un certain contrôle de fond, celui de l'excès de pouvoir manifeste. Des

motifs contradictoires ne permettant en effet pas au comité d'exercer pleinement un tel contrôle (sur le caractère tout aussi justifié de l'abandon d'une telle équivalence dans un régime, comme celui du droit français, dans lequel il n'existe aucun contrôle de fond en dehors de celui de l'ordre public international, V. par ex. *E. Gaillard, note ss Cass. com., 9 mai 1983, SCI Les Jardins de Grimaud et a. cl Sté d'études juridiques, fiscales et financières, et Cass. com., 22 nov. 1983, SARL A.C. Scholaert et a. cl État Belge et a. : Dalloz, 1984, p. 204 et JDI 2003, p. 192*).

Sur la conception même du contrôle des motifs, contrôle externe de l'existence et de l'absence de contradiction, ou contrôle de fond de la pertinence des motifs, on a assisté à une évolution de la jurisprudence arbitrale des comités *ad hoc*. Les décisions des comités *ad hoc* de la première génération allaient clairement dans le sens d'un contrôle de fond. C'est en effet la pertinence du raisonnement résultant de l'exigence de « motifs suffisamment pertinents » ou « raisonnablement soutenable et susceptibles de fonder la décision » qui était contrôlée (V. la décision *Klöckner*, § 120 et la décision *Amco*, § 44 qui renvoie à la décision *Klöckner*). La décision rendue dans l'affaire *Patrick Mitchell* en 2006 se rattache à cette tradition puisqu'elle déclare devoir s'assurer de « la cohérence du raisonnement » (*déc.*, § 21 : *JDI 2007, p. 340, et les obs., spéc. p. 362*). Les comités *ad hoc* de la seconde génération ayant statué dans les affaires *Wena* et *Vivendi* comprennent au contraire le contrôle de l'existence des motifs comme un contrôle ne portant pas sur le fond. Il ne s'agit pas d'apprécier si ces motifs sont « justes ou non, convaincants ou non » (*déc. Wena*, § 79). « Leur justesse est sans pertinence » (*déc. Vivendi*, § 64. – adde *La jurisprudence arbitrale du CIRDI, préc., p. 713*).

Le Comité *ad hoc* ayant statué dans l'affaire *Soufraki* paraît plus hésitant. Il estime devoir vérifier « l'existence de motifs aussi bien que leur caractère suffisant – le fait qu'ils sont adéquats et suffisants pour justifier raisonnablement du résultat auquel le tribunal est parvenu » (§ 131, *supra p. 340*). Le Comité prend soin cependant de spécifier qu'il n'a pas à apprécier leur rectitude (*id.*). On peut déduire de cette dernière précision que la décision *Soufraki* ne s'éloigne des décisions *Wena* et *Vivendi* que par la prudence de sa formulation mais qu'elle procède du même esprit. On aura l'occasion de constater que tel n'est pas le cas de la décision rendue le 25 septembre 2007 dans l'affaire *CMS* qui retient du défaut de motifs une conception particulièrement extensive (V. *infra p. 361*).

III. – Sur le fond, la décision rendue le 5 juin 2007 dans l'affaire *Soufraki* confirme de la manière la plus claire que c'est au tribunal arbitral qu'il appartient de se prononcer sur la nationalité du demandeur lorsqu'elle est contestée et que les certificats émanant de l'État de cette nationalité ne lient en aucune manière le tribunal arbitral.

Dans le système d'arbitrage CIRDI, la nationalité de la partie demanderesse a une importance considérable. Pour satisfaire l'exigence de l'article 25(1), le demandeur doit être le ressortissant d'un État contractant autre que l'État d'accueil de l'investissement. Pour une personne physique, cette condition positive s'accompagne d'une condition négative, celle de ne pas avoir également

la nationalité de l'État d'accueil. Les doubles nationaux sont en effet exclus du système d'arbitrage CIRDI aux termes de l'article 25(2)(b) de la Convention. Lorsque la demande est fondée, comme c'est souvent le cas, sur un traité de protection des investissements, la partie demanderesse doit également satisfaire aux conditions de nationalité posées par ce traité de façon à bénéficier de l'offre de l'État de recourir à l'arbitrage CIRDI contenue dans cet instrument et remplir, par là même, la condition de consentement de l'article 25(1) de la Convention de Washington.

Il est constant que c'est à chaque État qu'il appartient de déterminer les conditions dans lesquelles il accorde sa nationalité à des personnes physiques, le droit international réservant la possibilité de ne pas tenir compte d'une nationalité qui n'aurait aucune effectivité. Cela ne signifie pas en revanche que les autorités de l'État en question aient reçu une compétence exclusive pour se prononcer, lorsqu'elle est contestée, sur la nationalité de tel ou tel de leur ressortissant prétendu. Les attestations de nationalité ou les documents officiels émanant des autorités de l'État en question (passeports, cartes d'identité, cartes d'électeur par exemple) ne sont que des éléments de preuve à la disposition du tribunal arbitral. L'État concerné fixe les conditions de l'octroi de la nationalité mais c'est au tribunal arbitral d'interpréter ces règles et de les appliquer au cas d'espèce. Sur ce point, pas plus que sur tout autre, le tribunal arbitral n'est pas lié par les positions prises par un État quelconque, que ces positions émanent de l'administration ou des tribunaux de l'État en cause. C'est en ce sens que le Comité *ad hoc*, après le Tribunal arbitral, qualifie les certificats de nationalité produits par la partie demanderesse dans l'affaire *Soufraki* de preuve n'ayant qu'une valeur *prima facie*. La décision du Comité est sans ambiguïté à ce sujet et rappelle utilement les précédents qui lui permettent de conclure en ce sens (V. *supra* p. 338). La solution est classique et n'appelle pas de plus amples commentaires, si ce n'est sur le fait que la répartition par parts égales des frais engendrés par la procédure d'annulation peut paraître, dans une hypothèse de ce type, particulièrement généreuse (V. *supra* p. 325).

Article 52 de la Convention de Washington. – Recours en annulation. – Excès de pouvoir manifeste. – Grief d'incompétence du Tribunal arbitral. – Exigence du caractère manifeste de l'excès de pouvoir (oui)*.

Décision du 5 septembre 2007 – MM. Hans Danielus, Président, Franklin Berman et Andrea Giardina, Membres du Comité ad hoc, avec l'opinion dissidente de M. Franklin Berman. *Industria Nacional de Alimentos S.A.* (anciennement *Empresas Lucchetti*) et *Indalsa Perú SA* (anciennement *Lucchetti Perú*) c/ Pérou.

Même lorsqu'il concerne la compétence du tribunal arbitral, un excès de pouvoir du tribunal arbitral n'est de nature à justifier l'annulation de la sentence que s'il est manifeste.

* Extraits de l'original en langue anglaise publié sur le site Internet du CIRDI. Pour la commodité des citations, la numérotation originale des paragraphes et des notes de bas de page a été conservée.

La société chilienne Industria Nacional de Alimentos S.A (précédemment dénommée Empresas Lucchetti) et sa filiale de droit local, la société Indalsa Perú (précédemment dénommée Lucchetti Perú) (collectivement « Lucchetti ») ont formé le 6 juin 2005 une demande d'annulation à l'encontre de la sentence rendue le 7 février 2005 par un Tribunal arbitral composé de MM. Thomas Buergethal, Président, Jan Paulsson et Bernardo Cremades, arbitres, qui s'est déclaré incompétent pour connaître de leurs demandes fondées sur le traité de protection des investissements conclu entre le Pérou et le Chili en 2000 et entré en vigueur le 3 août 2001 (l'« API Chili-Pérou » ou l'« API ») au motif que le traité était inapplicable aux différends nés avant son entrée en vigueur et qu'en l'espèce, le différend était effectivement né avant cette date.

Un Comité *ad hoc* composé de MM. Hans Danielus, Président, de nationalité suédoise, Franklin Berman, de nationalité britannique, et Andrea Giardina, de nationalité italienne, a été mis en place pour en connaître. M^{me} Gabriela Alvarez Avila, Conseiller juridique senior au CIRDI, et M^{me} Sequeira, Conseiller juridique, ont fait fonction de secrétaires du Comité *ad hoc*.

Une audience de procédure s'est tenue à Washington DC le 16 février 2006 et une audience de plaidoiries a eu lieu, également à Washington DC, les 20 et 21 février 2007.

Le Comité résume d'abord les faits de la cause. Lucchetti a construit une usine de fabrication de pâtes sur un site dont elle était propriétaire dans la municipalité de Chorrillos à Lima. Après que la municipalité de Chorrillos ait ordonné la suspension des travaux en raison des préoccupations environnementales et après divers épisodes judiciaires au Pérou, à l'issue desquels Lucchetti a fini par l'emporter, un permis de construire et un permis d'exploiter l'usine ont été octroyés à Lucchetti en décembre 1998. L'usine a ainsi été achevée et mise en service en août 2001. C'est précisément à ce moment que le Conseil de la municipalité du Lima a pris deux arrêtés destinés, d'une part, à présenter au parlement péruvien une proposition d'expropriation du site pour en faire une réserve naturelle et, d'autre part, à révoquer l'autorisation d'exploitation de Lucchetti.

Il rappelle ensuite les dispositions de l'API Pérou-Chili de 2000 et la procédure qui a conduit à l'adoption de la sentence du 7 février 2005 par laquelle le Tribunal arbitral a rejeté la demande de Lucchetti de voir engager la responsabilité de l'État pour les actions de la municipalité de Lima qu'elle estimait violer l'obligation de réserver à l'investisseur un traitement juste et équitable et de celle de ne pas exproprier un investissement sans indemnisation.

Pour les besoins de l'application dans le temps de l'API de 2000, les parties s'opposaient sur la question de savoir si l'on se trouvait en présence de deux litiges différents, l'un concernant la procédure qui s'est achevée avec l'octroi du permis de construire et du permis d'exploiter l'usine et l'autre les arrêtés d'août 2001, ou si, au contraire, il ne s'agissait que d'un seul litige né en 1998 et s'étant poursuivi depuis.

Le Tribunal arbitral a estimé que l'on se trouvait en présence d'un différend unique se poursuivant depuis 1998. L'API prévoyant qu'il ne s'appliquerait pas

« aux différends qui se sont élevés avant son entrée en vigueur », le Tribunal a conclu qu'il n'était pas compétent *ratione temporis* pour connaître des demandes de Lucchetti.

Après avoir résumé la procédure et l'argumentation des parties, le Comité fait part de sa propre analyse des griefs avancés par Lucchetti. Il rappelle les chefs d'annulation visés et analyse certains aspects du différend avant d'examiner tour à tour les mérites de chacun des griefs invoqués.

Sur l'allégation d'excès de pouvoir manifeste (art. 52(1)(b) de la Convention), il énonce :

99. *Where a tribunal assumes jurisdiction in a matter for which it lacks competence under the relevant BIT, it exceeds its powers. The same is true in the inverse case where a tribunal refuses or fails to exercise jurisdiction in a matter for which it is competent under the BIT. The Ad hoc Committee considers that these situations are analogous and should be assessed according to the same legal standards.*

100. *However, the requirement in Article 52(1)(b) of the ICSID Convention is not only that the Tribunal has exceeded its powers but that it has done so « manifestly ». From the writings of legal scholars it appears that there are divergent views on the impact of this additional requirement of « manifestness ». On the one hand, the view has been expressed that where an ad hoc committee finds that a tribunal has wrongly either exercised or failed to exercise jurisdiction, the award should be annulled, wholly or partly, without any further examination of whether the excess was manifest. On the other hand, it has been held by others that there should be no annulment when the tribunal has wrongly assumed, or failed to assume, jurisdiction, but its decision on this point was tenable, since in such a case the tribunal would not have manifestly acted contrary to the BIT.²⁰*

101. *The Ad hoc Committee, for its part, attaches weight to the fact that the wording of Article 52(1)(b) is general and makes no exception for issues of jurisdiction. Moreover, a request for annulment is not an appeal, which means that there should not be a full review of the tribunal's award. One general purpose of Article 52, including its sub-paragraph (1)(b), must be that an annulment should not occur easily. From this perspective, the Committee considers that the word « manifest » should be given considerable weight also when matters of jurisdiction are concerned.*

Le Comité examine ensuite si le Tribunal a excédé ses pouvoirs et, dans l'affirmative, s'il l'a fait d'une manière telle qu'elle justifie l'annulation de la sentence. Il retient à cet effet les éléments qui font que le Tribunal a pu estimer qu'il s'agissait du même différend et notamment que tant dans la réaction initiale au projet et dans les décrets de 2001 la préoccupation environnementale était dominante. Il apprécie ensuite les éléments susceptibles de conduire à une conclusion opposée :

110. *However, there are other elements speaking in the opposite direction. These elements are essentially the following :*

(a) *The dispute in 1997-1998 ended with a court judgment which became final (res judicata) and which appeared, and could be expected, to create, security for Lucchetti in respect of its investment.*

20. *As to this divergence of views, see, for instance, Christoph H. Schreuer, The ICSID Convention : A Commentary, paras. 137-146.*

(b) During a rather long period of some two and a half years, Lucchetti continued its activities, as it seems, undisturbed.

(c) When revoking Lucchetti's licence in 2001, the Municipality of Lima, i.e. an administrative authority, acted contrary to final court decisions, which was an action difficult to reconcile with the rule of law, including the right to judicial protection and respect for final judicial decisions. The fact that the Municipality did so on the basis of alleged illegalities which had not been proven in any judicial proceedings adds to the doubtful nature of the action.

111. It could well be argued that the facts and elements summarised in (a), (b) and (c) are sufficiently weighty to justify the conclusion that the dispute in 1997-1998 had ended and that a new and separate dispute arose when the Municipality of Lima took new action in 2001.

112. However, the Ad hoc Committee does not consider it to be its task to determine whether the test employed by the Tribunal and the weight given by the Tribunal to various elements were « right » or « wrong ». In the Committee's view, treaty interpretation is not an exact science, and it is frequently the case that there is more than one possible interpretation of a disputed provision, sometimes even several. It is no part of the Committee's function, as already indicated above, to purport to substitute its own view for that arrived at by the Tribunal. The interpretation of Article 2 adopted by the Tribunal is clearly a tenable one. Clearly also there are other tenable interpretations. The Committee is not charged with the task of determining whether one interpretation is « better » than another, or indeed which among several interpretations might be considered the « best » one. The Committee is concerned solely with the process by which the Tribunal moved from its premise to its conclusion.

Sur l'interprétation du Traité par le Tribunal arbitral, le Comité conclut :

116. Although the Tribunal's interpretation of Article 2 of the BIT, as it appears in the Award, does not reflect all relevant aspects of treaty interpretation according to the Vienna Convention, the Committee has no basis for concluding that the Tribunal disregarded any significant element of the well-known and widely recognised international rules of treaty interpretation. In any event, the Committee, which has also carefully examined all other arguments put forward by Lucchetti, cannot find that the Tribunal's reasoning in the Award, although summary and somewhat simplified in relation to the Vienna Convention, constituted an excess – and even less a manifest excess – of the Tribunal's powers within the meaning of Article 52(1)(b) of the Convention.

Le Comité rejette ensuite, pour des raisons propres à l'espèce, l'allégation de méconnaissance sérieuse d'une règle fondamentale de procédure (article 52(1)(d) de la Convention) et celle d'absence de motivation (article 52(1)(e) de la Convention) et partage les frais de la procédure d'annulation par part égales entre les parties tout en laissant à chaque partie la charge des ses conseils.

Dans son opinion dissidente, M. Franklin Berman expose qu'il a eu une « sterner view than [his colleagues] of the manifold shortcoming of the Tribunal's Award » et reproche à la sentence querellée, d'une part, de ne pas avoir joint la question de compétence au fond alors que l'affaire n'était pas suffisamment claire pour que la question de compétence puisse être tranchée de manière convaincante de manière préliminaire et, d'autre part, de ne pas avoir interprété l'article 2 du Traité relatif à la compétence *ratione temporis* du Tribunal d'une manière conforme à la Convention de Vienne de 1961.

OBSERVATIONS. – La décision rendue le 5 septembre 2007 par le Comité *ad hoc* statuant dans l'affaire *INA (Lucchetti) c/ Pérou* par un Comité composé MM. Hans Danielus, Franklin Berman et Andrea Giardina (avec l'opinion dissidente de M. Franklin Berman) constitue l'illustration parfaite de la règle selon laquelle une décision relative à la compétence du Tribunal arbitral rendue en matière d'arbitrage CIRDI peut être erronée – et vraisemblablement jugée telle par les membres du Comité *ad hoc* saisi d'un recours en annulation – sans pour autant être entachée d'une cause d'annulation faute pour l'excès de pouvoir qui en résulte d'avoir un caractère « manifeste » au sens de l'article 52(1)(b) de la Convention de Washington.

La sentence d'incompétence rendue le 7 février 2005 dans cette affaire par un Tribunal arbitral composé de MM. Thomas Buergenthal, Président, Jan Paulsson et Bernardo Cremades, arbitres, était particulièrement contestable. La demande d'arbitrage avait été formée par la société de droit chilien *Empresas Lucchetti* (devenue *INA* par la suite) et sa filiale de droit local contre la République du Pérou sur le fondement de l'Accord de protection des investissements conclu entre le Chili et le Pérou en 2000 et entré en vigueur le 3 août 2001 (l'« API »). Le litige opposant les parties s'est cristallisé sur l'application dans le temps de l'API de 2000, les faits litigieux s'étant partiellement déroulés avant la date d'entrée en vigueur de l'Accord et partiellement après. L'article 2 de l'Accord résout cette question en stipulant qu'il ne s'applique pas « aux différends qui se sont élevés avant son entrée en vigueur ».

L'investissement résidait dans la construction d'une usine de fabrication de pâtes sur un site proche de Lima. La municipalité de Chorrillos a d'abord suspendu les travaux pour raisons environnementales, ce qui a contraint l'investisseur chilien à former une action en justice pour pouvoir les reprendre. Sorti victorieux de cette action, l'investisseur a obtenu les autorisations administratives requises en décembre 1998 et a achevé la construction de l'usine. Celle-ci est entrée en service en août 2001. C'est à ce moment que la municipalité de Lima a pris deux arrêtés proposant au Parlement péruvien de classer le site pour en faire une réserve naturelle et révoquant l'autorisation d'exploiter l'usine. L'investisseur se plaignait de ces décrets qu'il estimait, à tort ou à raison, incompatibles avec l'exigence du traitement juste et équitable résultant du traité. Le débat devant le Tribunal arbitral s'est focalisé sur la question de savoir si l'on se trouvait en présence d'un seul différend né avant l'entrée en vigueur de l'Accord au sens de son article 2 ou de deux différends dont le second était susceptible d'être saisi par l'Accord puisqu'il est né après son entrée en vigueur. Le Tribunal a estimé que l'on se trouvait dans la première situation et s'est déclaré en conséquence incompétent pour connaître de l'entier litige. La décision paraît critiquable. En effet, quelle qu'ait pu être la présentation qu'en ont fait les parties et quelles qu'aient pu être les ressentiments anciens de la municipalité de Lima à l'origine de l'adoption des arrêtés d'août 2001, la compatibilité de l'adoption de ces arrêtés avec les dispositions de l'API pouvait être légitimement considérée comme constituant, à elle seule, un

différend opposant les parties. Cette compatibilité ne pouvait, par définition, avoir donné naissance à un différend entre les parties avant l'entrée en vigueur de l'Accord, ces décrets n'existant pas à ce moment.

C'est sans doute cette considération qui a justifié la vigoureuse opinion dissidente de Sir Franklin Berman. Celui-ci fait valoir, par un raisonnement qui s'apparente, il est vrai, à celui qui aurait été conduit à l'occasion d'un recours en révision, une critique forte de la sentence du 7 février 2005. L'auteur de l'opinion y suggère que les autres membres du Comité *ad hoc* partagent en réalité cette critique (V. opinion dissidente, § 1) et que ce n'est que la divergence de vues sur la conception du recours en annulation de l'article 52 de la Convention de Washington qui les oppose. Plus que celles dans lesquelles le comité *ad hoc* et le tribunal arbitral dont la sentence est contrôlée sont en parfait accord, comme cela a été le cas par exemple dans les affaires *Repsol* ou *Soufraki* (V. *supra* p. 317 et p. 335), la situation du type de celle rencontrée dans l'affaire *Lucchetti* constitue le véritable révélateur de la conception du rôle des comités *ad hoc*. La solution retenue par le tribunal peut paraître erronée sans être considérée comme entachée d'un excès de pouvoir manifeste ou d'un défaut de motifs. Le défaut de motifs ne concerne que l'existence et non la rectitude du raisonnement et l'excès de pouvoir n'est sanctionné que s'il est manifeste. La décision rendue dans l'affaire *Lucchetti* confirme, comme l'a fait la décision du Comité *ad hoc* constitué dans l'affaire *Soufraki* (V. *supra* p. 335) que, même lorsque l'excès de pouvoir concerne la compétence du tribunal arbitral, elle n'est sanctionnée que si cet excès de pouvoir peut être qualifié de manifeste. Elle illustre en outre parfaitement le fait qu'un comité *ad hoc* peut avoir certaines réserves à l'égard d'une sentence sans pour autant procéder à son annulation. C'est ce qu'a fait, à notre sens à juste titre, la décision rendue le 5 septembre 2007 dans l'affaire *INA (Lucchetti)*.

Article 52 de la Convention de Washington. – Recours en annulation. – Absence de motifs. – Contrôle de chaque étape du raisonnement (oui).

Traité de protection des investissements. – Droit de se prévaloir des dispositions. – Actionnaire minoritaire dans une société de droit local (oui).

Clause de respect des engagements (*umbrella clause*). – Droit d'invoquer la violation de l'engagement pris à l'égard de la société de droit local. – Actionnaire minoritaire dans la société de droit local (non).

État de nécessité. – Droit international coutumier. – Traité de protection des investissements. – Clause de réserve de l'ordre public. – Standards différends (oui)*.

Décision du 25 septembre 2007 – MM. Gilbert Guillaume, Président, Nabil Elaraby, et James Crawford, Membres du Comité *ad hoc* – CMS Gas Transmission Cy c/ République argentine.

* Extraits de la traduction en langue anglaise publié sur le site Internet du CIRDI de l'original en langue espagnole. Pour la commodité des citations, la numérotation originale des paragraphes et des notes de bas de page a été conservée.

Le contrôle du défaut de motifs de l'article 52(1)(e) de la Convention s'entend au contrôle de la pertinence du raisonnement du tribunal arbitral.

Un actionnaire minoritaire dans une société de droit local est recevable à se prévaloir des dispositions du traité de protection des investissements correspondant à sa nationalité.

Un actionnaire minoritaire dans une société de droit local n'est pas en droit de se prévaloir des dispositions de la clause de respect des engagements du traité à propos de la violation des engagements souscrits à l'égard de la société de droit local.

L'état de nécessité au sens du droit international coutumier ne se confond pas avec la clause de réserve de l'ordre public du traité de protection des investissements.

Le 8 septembre 2005, la République argentine a formé une demande d'annulation de la sentence par laquelle, le 12 mai 2005, un Tribunal arbitral composé de MM. Francisco Orrego Vicuña, Président, Marc Lalonde et Francisco Rezek, arbitres, l'a condamnée à payer à la société CMS Gas Transmission Company (CMS), sur le fondement du Traité bilatéral de protection des investissements conclu entre l'Argentine et les États-Unis en 1998, la somme de 133,2 millions de dollars US, la demanderesse devant ensuite transférer la propriété de ses actions dans la société de droit local TGN contre paiement d'un montant supplémentaire de 2 148.100 millions de dollars US.

Le Comité *ad hoc* composé de MM. Gilbert Guillaume, de nationalité française, Nabil Elaraby, de nationalité égyptienne, et James Crawford, de nationalité australienne, a été mis en place pour en connaître, M. Gonzalo Flores, Conseiller juridique senior au CIRDI, faisant office de secrétaire du Comité.

Sur la question de savoir s'il y avait lieu de maintenir la suspension de l'exécution de la sentence et à quelles conditions, le Comité estime que le délai dans lequel l'investisseur devait transférer les actions de TGN à l'État est, tout comme le paiement, dont il est la condition suspensive, suspendu tant que l'exécution de la sentence ne serait pas à nouveau exécutoire.

Par une décision du 1^{er} septembre 2006, le Comité a accepté d'ordonner la poursuite de la suspension du caractère exécutoire de la sentence :

21. In its Decision, the Committee ordered that the stay of execution be continued pending its decision on Argentina's application for annulment without the need for Argentina to provide a bank guarantee. In the Committee's view, Argentina had demonstrated that CMS would not be prejudiced by the grant of a stay, other than in respect of the delay which is, however, incidental to the Convention system of annulment and which could be remedied by the payment of interest in the event the annulment application was unsuccessful.

Après un échange de mémoires et une audience de plaidoiries qui s'est tenue à Paris les 27-28 mars 2007, le Comité a déclaré la procédure close le 21 septembre 2007.

Le Comité rappelle les faits de la cause et la décision prise par le Tribunal arbitral. En 1989, l'Argentine a adopté un programme de privatisations et a lié le peso argentin au dollar américain. En 1992, elle a privatisé l'industrie du gaz et a réglementé le transport et la distribution du gaz naturel, une agence gouvernementale, ENARGAS, étant chargée de fixer les tarifs des transports. La société *Transportadore de Gas del Norte (TGN)* s'est vu conférer une licence de transport et 70 % de son capital a été privatisé, CMS acquérant 25 % du capital

de TGN à travers sa filiale de droit local, CMS Gas Argentine, puis un nouveau bloc de 4,42 % des actions de TGN. Les tarifs devaient, selon CMS, être calculés en dollars, la conversion en pesos étant effectuée au moment de la facturation, et être ajustés tous les six mois en fonction de l'indice américain des prix à la production. La crise économique de la fin des années 1990 a conduit l'Argentine à différer, à partir de janvier 2000, l'ajustement des tarifs. Le 6 janvier 2002, la loi d'urgence économique a mis un terme à l'indexation des tarifs et à leur calcul en dollars. Le Tribunal arbitral saisi par CMS sur le fondement du BIT de 1991 a retenu sa compétence par une décision du 17 juillet 2003 et a statué sur le fond par une sentence du 12 mai 2005. Le Tribunal a rejeté la demande fondée sur l'expropriation et le traitement arbitraire mais a retenu la responsabilité de l'État sur le fondement de l'obligation de réserver à l'investisseur un traitement juste et équitable et de celle de respecter ses engagements. Le Tribunal a rejeté l'argument tiré par l'Argentine de l'état de nécessité.

Le Comité examine ensuite les moyens d'annulation avancés que sont l'excès de pouvoir manifeste et le défaut de motifs, les deux parties reconnaissant qu'un comité *ad hoc* n'est pas une instance d'appel.

Après quelques considérations générales sur ces deux chefs d'annulation, le Comité examine leur application à l'espèce.

Sur le fait d'agir de CMS, il relève, après avoir rappelé la décision du Tribunal arbitral selon laquelle l'actionnaire dans la société de droit local avait un droit de se prévaloir directement du Traité et les positions des parties devant le Comité à ce sujet :

68. *The Committee first recalls that the jurisdiction of the Centre is determined not by Article 42(1) of the ICSID Convention but by Article 25. The competence of the Tribunal is governed by the terms of the instruments expressing the parties' consent to ICSID arbitration, i.e. in the present case the Argentina-United States BIT. In consequence, as the Tribunal correctly decided, « the applicable jurisdictional provisions are only those of the Convention and the BIT, not those which might arise from national legislation. »⁵¹ Argentine law is irrelevant in this respect, as recognized in the Award and in many other ICSID decisions.⁵² The observations which were made in passing by the Tribunal on the piercing of the corporate veil in Argentine law⁵³ are thus obiter dicta.*

69. *With respect to general international law, the Committee notes that the parties advanced different interpretations of the judgments rendered by the International Court of Justice in the Barcelona Traction case⁵⁴ and the ELSI case.⁵⁵ Those cases were concerned with diplomatic protection under customary international law and not with the protection of the rights of investors under*

51. *Jurisdictional Decision*, 502 (para. 42).

52. *See e.g. Azurix Corporation V. Argentine Republic* (2003) 43 ILM 262, 276 (para. 72) (« Azurix ») ; *Siemens AG V. Argentine Republic* (2004) 44 ILM 138, 161-162 (para. 141) ; *Continental Casualty Company V. Argentine Republic, Decision on Jurisdiction*, 22 February 2006, para. 82 (« *Continental Casualty* »).

53. *Jurisdictional Decision*, 502 (para. 42).

54. *Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium V. Spain)*, ICJ Reports 1970, p. 3.

55. *Case concerning Elettronica Sicula S.p.a. (United States of America V. Italy)*, ICJ Reports 1989, p. 15.

treaties relating to the protection of investments.⁵⁶ As specified by the Tribunal, those judgments are not « directly relevant to the present dispute ». ⁵⁷ Moreover, as noted in the Jurisdictional Decision of 17 July 2003, nothing in general international law prohibits the conclusion of treaties allowing « claims by shareholders independently from those of the corporation concerned... even if those shareholders are minority or non-controlling shareholders. » ⁵⁸ Such treaties and in particular the ICSID Convention must be applied as *lex specialis*. ⁵⁹

70. Under Article 25(1) of that Convention :

« The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. »

71. Article 25 of the ICSID Convention did not attempt to define « investment. » Instead this task was left largely to the terms of bilateral investment treaties or other instruments on which jurisdiction is based. In the present case, this definition is provided for by Article I(1) of the Argentina-United States BIT which states : « (a) « investment » means every kind of investment in the territory of one Party owned or controlled directly or indirectly by nationals or companies of the other Party, such as equity, debt, and service and investment contracts ; and includes without limitation ...

(ii) A company or shares of stocks or other interests in a company or interests in the assets thereof. »

72. The Committee notes that this definition of « investment » is very broad, as already observed by various ICSID Tribunals in comparable cases. ⁶⁰ Such a definition remains however compatible with the object and purpose of the ICSID Convention.

73. The Committee observes in particular that, as regards shareholder equity, the BIT contains nothing which indicates that the investor in capital stock has to have a majority of the stock or control over the administration of the company. Investments made by minority shareholders are covered by the actual language of the definition, as also recognized by ICSID arbitral tribunals in comparable cases. ⁶¹

74. One must add that whether the locally incorporated company may itself claim for the violation of its rights under contracts, licenses or other instruments, in particular under Article 25(2)(b) of the ICSID Convention, does not affect the right of action of foreign shareholders under the BIT in order to protect their own interests in a qualifying investment, as recognized again in many ICSID awards. ⁶²

56. This distinction was clearly recognised by the International Court in *Case concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea V. Democratic Republic of the Congo) (Preliminary Objections)*, Judgment of 24 May 2007, paras. 87-88.

57. Jurisdictional Decision, 503 (para. 44).

58. *Ibid.*, 504 (para. 48).

59. *Ibid.*

60. See e.g. *AES Corporation V. Republic of Argentina, Decision on Jurisdiction*, 26 April 2005, para. 88 ; *Azurix, para. 73* ; *Enron Corporation V. Republic of Argentina, Decision on Jurisdiction*, para. 44 (« Enron ») ; *Sempra Energy International V. Republic of Argentina, Decision on Jurisdiction*, 11 May 2005, para. 93 (« Sempra Energy »).

61. See e.g. *Camuzzi International S.A. V. Republic of Argentina, Decision on Jurisdiction*, 11 May 2005, para. 81 ; *Enron, para. 44* ; *LG&E V. Republic of Argentina, Decision on Liability*, 3 October 2006, para. 78 ; *Sempra Energy, para. 93*.

62. See e.g. *Continental Casualty, para. 86* ; *Enron, para. 49*.

75. Thus in the present case, and as decided by the Tribunal, CMS must be considered an investor within the meaning of the BIT. It made a capital investment in TGN covered by the BIT. It asserted causes of action under the BIT in connection with that protected investment. Its claims for violation of its rights under the BIT were accordingly within the jurisdiction of the Tribunal. This is without prejudice to the determination of the extent of those rights, a question to which the Committee will return.

76. For these reasons, the Committee concludes that there is no manifest excess of powers in this respect.

Sur la question du traitement juste et équitable, le Tribunal arbitral a estimé qu'« un environnement juridique et commercial stable est un élément essentiel du traitement juste et équitable » (§ 274) et que les mesures litigieuses bouleverseraient l'environnement dans lequel l'investissement a été réalisé (§ 275) pour en conclure à l'existence d'une violation de l'obligation de réserver à l'investisseur un traitement juste et équitable.

À l'argument de l'Argentine selon lequel le Tribunal aurait failli à son obligation de procéder à une analyse correcte de la situation en droit argentin en écartant la théorie de l'imprévision et de la révision des contrats en droit argentin pour ne citer qu'un arrêt du Conseil d'État français (*Gaz de Bordeaux*) et en faisant de la stabilité de l'économie, entendue de façon rigide et indépendamment des circonstances, une cause de responsabilité de plein droit, le Comité répond :

81. Article II(2)(a) of the BIT provides : « Investment shall at all times be accorded fair and equitable treatment, shall enjoy full protection and security and shall in no case be accorded treatment less than that required by international law. »

82. The Tribunal observed that this Treaty « like most bilateral investment treaties, does not define the standard of fair and equitable treatment... »⁷⁵ In the light of the Preamble to the Treaty, the Tribunal stated that « a stable legal and business environment is an essential element of fair and equitable treatment. »⁷⁶ It added that this standard « is inseparable from stability and predictability ». ⁷⁷ According to the Tribunal, the legal framework existing at the time of the investment does not need to be frozen, « as it can always evolve and be adapted to changing circumstances », but it cannot be « dispensed with altogether when specific commitments to the contrary have been made ». ⁷⁸

83. Passing to the dispute, the Tribunal referred to its previous findings about the tariff regime. It analyzed the general principles of Argentine law applicable in this respect, mentioning the *Gaz de Bordeaux* decision as a landmark decision which was at the origin of the theory of « imprévision ». ⁷⁹ It added however that it did not need to look into general principles of law to find an answer as to how the contract in this case could have been adjusted to new economic realities. ⁸⁰ It observed that the pertinent mechanisms were embodied in the Law and the License itself and that those mechanisms had not been used.

75. Award, para. 273.

76. *Ibid.*, para. 274.

77. *Ibid.*, para. 276.

78. *Ibid.*, para. 277.

79. *Ibid.*, paras. 200-227.

80. *Ibid.*, para. 228.

84. The Tribunal concluded that « [t]he measures that are complained of did in fact entirely transform and alter the legal and business environment under which the investment was decided and made. »⁸¹ It added that « the guarantees given in this connection under the legal framework and its various components were crucial for the investment decision. »⁸² It concluded that Article II(2)(a) of the BIT had been breached.

85. In the Committee's view, this part of the Award is adequately founded on the applicable law and the relevant facts. The Tribunal proceeded to a detailed analysis of the rights of the Claimant,⁸³ of the « reality of the Argentine economy » at the time of the crisis, of the measures then taken and of their consequences,⁸⁴ before concluding that the fair and equitable standard had been violated.⁸⁵ Contrary to what Argentina contends, the Tribunal evaluated the legality of the challenged measures in the light of all the circumstances of the case and did not transform Article II(2)(a) into a strict liability clause. The Committee has no jurisdiction to control the interpretation thus given by the Tribunal to that Article,⁸⁶ still less to reconsider its evaluation of the facts. It is sufficient for the Committee to hold that the Tribunal did not manifestly exceed its powers.

Sur la clause de respect des engagements (*umbrella clause*), le Comité décide :

89. Article II(2)(c) of the BIT provides that « Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments. » It is accepted that by « obligations » is meant legal obligations. Although legitimate expectations might arise by reason of a course of dealing between the investor and the host State, these are not, as such, legal obligations, though they may be relevant to the application of the fair and equitable treatment clause contained in the BIT.⁹⁵

90. CMS stated categorically before the Committee that its claim was not predicated on any Argentine law right of CMS to compliance with the terms of the License.⁹⁶ Moreover, this is in conformity with what the Committee understands to be Argentine law. Under that law, the obligations of Argentina under the License are obligations to TGN, not to CMS, and CMS has no right to enforce them.

91. During the hearings, CMS referred to the possibility that an investor might acquire an international law right to compliance with undertakings with regard to investments. But it finally accepted that this was not the basis of its claim before the Tribunal or of the Tribunal's own reasoning.⁹⁷

92. In the end, CMS relied on a literal interpretation of Article II(2)(c). It contended that Argentina entered into legal obligations under the License, which were obligations « with regard to investments » under that Article. Although CMS was not entitled as a minority shareholder to invoke those obligations of

81. *Ibid.*, para. 275.

82. *Ibid.*

83. *Ibid.*, paras. 127-151.

84. *Ibid.*, paras. 53-67, 152-166.

85. *Ibid.*, para. 281.

86. The Committee would only note that the fair and equitable standard has been invoked in a great number of cases brought to ICSID arbitration and that there is some variation in the practice of arbitral tribunals in this respect. See Christoph Schreuer, « Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice » (2005) 6 *Journal of World Investment and Trade* 357.

95. See *MTD V. Chile*, paras. 67-69.

96. See *Hearing on annulment proceedings*, 27 March 2007, 206-209, 242-244 ; also CMS' *Annulment Rejoinder*, para. 15.

97. *Hearing on annulment proceedings*, 27 March 2007, 246 ; 28 March 2007, 514.

Argentina under Argentine law (not being the obligee), the effect of Article II(2)(c) was to give it standing to invoke them under the BIT.

93. *In paragraph 303 of the Award, the Tribunal concluded that « the obligation under the umbrella clause of Article II(2)(c) of the Treaty has not been observed by the Respondent to the extent that legal and contractual obligations pertinent to the investment have been breached and have resulted in the violation of the standards of protection under the Treaty. »*

94. *It is implicit in this reasoning that the Tribunal may have accepted the interpretation of Article II(2)(c) referred to in paragraph 92 above. But the Tribunal nowhere addressed this point expressly. Instead it repeatedly referred back to the Decision on Jurisdiction of 17 July 2003, where this specific matter was not dealt with at all.⁹⁸ Further, the Tribunal's extended discussion of whether CMS had a right to compliance with the terms of the License and of the Argentine Gas Law⁹⁹ would have been unnecessary if the basis of its decision was that Article II(2)(c) gave CMS standing to invoke obligations owned to TGN.*

95. *Moreover there are major difficulties with this broad interpretation of Article II(2)(c).*

(a) In speaking of « any obligations it may have entered into with regard to investments », it seems clear that Article II(2)(c) is concerned with consensual obligations arising independently of the BIT itself (i.e. under the law of the host State or possibly under international law). Further they must be specific obligations concerning the investment. They do not cover general requirements imposed by the law of the host State.

(b) Consensual obligations are not entered into erga omnes but with regard to particular persons. Similarly the performance of such obligations or requirements occurs with regard to, and as between, obligor and obligee.

(c) The effect of the umbrella clause is not to transform the obligation which is relied on into something else ; the content of the obligation is unaffected, as is its proper law. If this is so, it would appear that the parties to the obligation (i.e., the persons bound by it and entitled to rely on it) are likewise not changed by reason of the umbrella clause.

(d) The obligation of the State covered by Article II(2)(c) will often be a bilateral obligation, or will be intrinsically linked to obligations of the investment company. Yet a shareholder, though apparently entitled to enforce the company's rights in its own interest, will not be bound by the company's obligations, e.g. as to dispute settlement.

(e) If the Tribunal's implicit interpretation is right, then the mechanism in Article 25(2)(b) of the ICSID Convention is unnecessary wherever there is an umbrella clause.

(f) There is no discussion in the award of the travaux of the BIT on this point, or of the prior understandings of the proponents of the umbrella clause as to its function.

96. *In the end it is quite unclear how the Tribunal arrived at its conclusion that CMS could enforce the obligations of Argentina to TGN. It could have done so by the above interpretation of Article II(2)(c), but in that case one would have expected a discussion of the issues of interpretation referred to above. Or it could have decided that CMS had an Argentine law right to compliance with the*

98. *See Award, paras. 132, 148, 299, and cf. Jurisdictional Decision, para. 65.*

99. *Award, paras. 127-151.*

obligations, yet CMS claims no such right ; and Argentine law appears not to recognize it.¹⁰⁰

97. In these circumstances there is a significant lacuna in the Award, which makes it impossible for the reader to follow the reasoning on this point. It is not the case that answers to the question raised « can be reasonably inferred from the terms used in the decision » ;¹⁰¹ they cannot. Accordingly, the Tribunal's finding on Article II(2)(c) must be annulled for failure to state reasons.

98. In these circumstances it is not necessary for the Committee to decide whether it would have been a manifest excess of powers for the Tribunal to decide that Article II(2)(c) allows CMS to enforce the Argentine law rights of TGN.

99. Although the Tribunal's finding of liability must be annulled, it does not follow that the Award as a whole is affected. As the Vivendi Annulment Committee found,¹⁰² severable parts of an award which are not themselves annulled will stand, a situation expressly contemplated in Article 52(3) of the ICSID Convention.

100. In the present case the Tribunal's award of damages was made on the basis of independent findings of breach of Article II(2)(a) and (c) of the BIT. Indeed the Tribunal itself noted that « the umbrella clauses invoked by the Claimant do not add anything different to the overall Treaty obligations which the Respondent must meet if the plea of necessity fails. »¹⁰³ Thus the Committee's finding on the umbrella clause does not entail the annulment of the Award as a whole. It entails only annulment of the provisions of paragraph 1 of the operative part of the Award under which the Tribunal decided that « [t]he Respondent breached its obligations... to observe the obligations entered into with regard to the investment guaranteed in Article II(2)(c) of the Treaty. »

Enfin, sur l'état de nécessité invoqué par l'Argentine et rejeté par le Tribunal arbitral, le Comité, après avoir rappelé la position des parties, examine successivement le grief de défaut de motifs et celui de l'excès de pouvoir manifeste.

Sur le grief de défaut de motifs, il relève que la motivation est inadéquate (§ 125), qu'elle aurait dû être plus claire, mais qu'un lecteur attentif peut néanmoins comprendre le raisonnement du Tribunal arbitral (§ 127).

Sur le grief d'excès de pouvoir manifeste, il se prononce de la manière suivante :

128. As indicated above the Tribunal, as likewise the parties, assimilated the conditions necessary for the implementation of Article XI of the BIT to those concerning the existence of the state of necessity under customary international law. Moreover, following Argentina's presentation,¹⁵² the Tribunal dealt with the defense based on customary law before dealing with the defense drawn from Article XI. Argentina submits before the Committee that in doing so, the Tribunal on both points manifestly exceeded its powers.

129. The Committee observes first that there is some analogy in the language used in Article XI of the BIT and in Article 25 of the ILC's Articles on State Responsibility. The first text mentions « necessary » measures and the second

100. See above, paragraph 90.

101. Wena Hotels, para. 81.

102. Vivendi, para. 68.

103. Award, para. 378.

152. Argentina's Merits Counter-Memorial, paras. 716-742 ; Argentina's Merits Reply, paras. 841-996 ; Hearing on Merits, 9 August 2004, 100-112, 295-296.

relates to the « state of necessity ». However Article XI specifies the conditions under which the Treaty may be applied, whereas Article 25 is drafted in a negative way : it excludes the application of the state of necessity on the merits, unless certain stringent conditions are met. Moreover, Article XI is a threshold requirement : if it applies, the substantive obligations under the Treaty do not apply. By contrast, Article 25 is an excuse which is only relevant once it has been decided that there has otherwise been a breach of those substantive obligations.

130. Furthermore Article XI and Article 25 are substantively different. The first covers measures necessary for the maintenance of public order or the protection of each Party's own essential security interests, without qualifying such measures. The second subordinates the state of necessity to four conditions. It requires for instance that the action taken « does not seriously impair an essential interest of the State or States towards which the obligation exists, or of the international community as a whole », a condition which is foreign to Article XI. In other terms the requirements under Article XI are not the same as those under customary international law as codified by Article 25, as the Parties in fact recognized during the hearing before the Committee.¹⁵³ On that point, the Tribunal made a manifest error of law.

131. Those two texts having a different operation and content, it was necessary for the Tribunal to take a position on their relationship and to decide whether they were both applicable in the present case. The Tribunal did not enter into such an analysis, simply assuming that Article XI and Article 25 are on the same footing.

132. In doing so the Tribunal made another error of law. One could wonder whether state of necessity in customary international law goes to the issue of wrongfulness or that of responsibility. But in any case, the excuse based on customary international law could only be subsidiary to the exclusion based on Article XI.

133. If state of necessity means that there has not been even a *prima facie* breach of the BIT, it would be, to use the terminology of the ILC, a primary rule of international law. But this is also the case with Article XI. In other terms, and to take the words of the International Court of Justice in a comparable case, if the Tribunal was satisfied by the arguments based on Article XI, it should have held that there had been « no breach » of the BIT.¹⁵⁴ Article XI and Article 25 thus construed would cover the same field and the Tribunal should have applied Article XI as the *lex specialis* governing the matter and not Article 25.

134. If, on the contrary, state of necessity in customary international law goes to the issue of responsibility, it would be a secondary rule of international law – and this was the position taken by the ILC.¹⁵⁵ In this case, the Tribunal would have been under an obligation to consider first whether there had been any breach of the BIT and whether such a breach was excluded by Article XI. Only if it concluded that there was conduct not in conformity with the Treaty would it have had to consider whether Argentina's responsibility could be precluded in whole or in part under customary international law.

135. These two errors made by the Tribunal could have had a decisive impact on the operative part of the Award. As admitted by CMS, the Tribunal gave an

153. *Hearing on Annulment Proceedings*, 27 March 2007, 339-340 ; 28 March 2007, 69-70, 177.

154. *Case concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran V. United States of America)*, Judgment on Merits, 6 November 2003, para 34

155. See the discussion reported in ILC Ybk 1999 vol II(2), 73-74, 85 ; ILC, *Commentary to Part 1, Chapter V*, paras. (2)-(4), (7).

erroneous interpretation to Article XI. In fact, it did not examine whether the conditions laid down by Article XI were fulfilled and whether, as a consequence, the measures taken by Argentina were capable of constituting, even prima facie, a breach of the BIT. If the Committee was acting as a court of appeal, it would have to reconsider the Award on this ground.

136. The Committee recalls, once more, that it has only a limited jurisdiction under Article 52 of the ICSID Convention. In the circumstances, the Committee cannot simply substitute its own view of the law and its own appreciation of the facts for those of the Tribunal. Notwithstanding the identified errors and lacunas in the Award, it is the case in the end that the Tribunal applied Article XI of the Treaty. Although applying it cryptically and defectively, it applied it. There is accordingly no manifest excess of powers.

Enfin, sur le caractère temporaire de la nécessité et des conséquences sur l'appréciation du dommage, le Comité, après avoir rappelé la position des parties, décide :

144. In paragraphs 379 to 394 of the Award, the Tribunal analyzed Article 27 of the ILC's Articles on State Responsibility concerning the temporary nature of necessity and the conditions under which compensation might be due even if necessity is established.

145. The Committee observes that Article 27 covers cases in which the state of necessity precludes wrongfulness under customary international law. In the present case, the Tribunal rejected Argentina's defense based on state of necessity. Thus Article 27 was not applicable and the paragraphs relating to that Article were obiter dicta which could not have any bearing on the operative part of the Award.

146. However the Committee finds it necessary to observe that here again the Tribunal made a manifest error of law. Article 27 concerns, inter alia, the consequences of the existence of the state of necessity in customary international law, but before considering this Article, even by way of obiter dicta, the Tribunal should have considered what would have been the possibility of compensation under the BIT if the measures taken by Argentina had been covered by Article XI. The answer to that question is clear enough : Article XI, if and for so long as it applied, excluded the operation of the substantive provisions of the BIT. That being so, there could be no possibility of compensation being payable during that period.

147. Moreover the Committee notes that Article 27 itself is a « without prejudice » clause, not a stipulation. It refers to « the question of compensation » and does not attempt to specify in which circumstances compensation could be due, notwithstanding the state of necessity.¹⁶⁸

148. Paragraphs 379 to 394 of the Award being obiter dicta, it remains to be seen on which basis the Tribunal decided that compensation was due by Argentina to CMS for the damage suffered by it from 2000 to 2027.

149. The Tribunal had already decided that Argentina had breached its international obligations under Article II(2)(a) and Article II(2)(c) of the BIT. It also decided that in the present case there was no state of necessity and did so in terms which, by necessary inference, excluded also the application of Article XI. Thus, under the well-known principle of international law recalled in Article 1

168. See the ILC's commentary on Article 27, paras. (1), (6) : *Yearbook of the International Law Commission 2001, vol. II(2), 209, 211.*

of the ILC Articles, Argentina was responsible for the wrongful measures it had taken.

150. The Committee concludes that, whatever may have been the errors made in this respect by the Tribunal, there is no manifest excess of powers or lack of reasoning in the part of the Award concerning Article XI of the BIT and state of necessity under customary international law.

Sur le montant du dommage, le Comité constate qu'il n'y avait pas d'absence ou de contradiction de motifs.

Aussi conclut-il de l'ensemble de son analyse :

158. Throughout its consideration of the Award, the Committee has identified a series of errors and defects. The Award contained manifest errors of law. It suffered from lacunae and elisions. All this has been identified and underlined by the Committee. However the Committee is conscious that it exercises its jurisdiction under a narrow and limited mandate conferred by Article 52 of the ICSID Convention. The scope of this mandate allows annulment as an option only when certain specific conditions exist. As stated already (paragraph 136 above), in these circumstances the Committee cannot simply substitute its own view of the law and its own appreciation of the facts for those of the Tribunal.

159. In the event Argentina's application for annulment must be upheld as far as the umbrella clause is concerned. The other claims of Argentina are dismissed.

La suspension du caractère exécutoire de la sentence cessant avec la décision du Comité celui-ci précise le délai qui reste à la disposition des parties pour se libérer des obligations résultant de la sentence.

Le Comité estime enfin que les coûts de la procédure doivent être partagés par parts égales entre les parties et que chacune doit conserver ses frais de conseils :

161. The ruling on the costs of the proceedings before the Tribunal stands. It remains to deal with the question of the costs of the annulment proceedings, as to which the Committee has a discretion. In all but one of the concluded annulment proceedings, Committees have held that ICSID costs should be borne equally by the Parties.¹⁸³ In the circumstances of the present case the Committee proposes to follow the existing practice.

Pour l'ensemble de ces raisons, le Comité décide que (1) le premier paragraphe du dispositif de la sentence du 12 mai 2005, en tant qu'il constatait la violation par la défenderesse de son obligation de respecter ces engagements concernant l'investissement prévue à l'article II (2)(c) du Traité, est annulé ; (2) toutes les autres demandes sont rejetées ; (3) l'Argentine a 228 jours après la date de la notification de la décision aux parties pour accepter le transfert des actions de TGN comme le prévoit le paragraphe 3 du dispositif de la sentence ; (4) chaque partie doit supporter la moitié des frais de la procédure d'annulation et que (5) chaque partie conserve la charge de sa représentation dans la procédure d'annulation.

OBSERVATIONS. – De la même manière que la décision rendue dans l'affaire *INA (Lucchetti)* constitue l'archétype de la décision de refus d'annulation, pour des raisons tenant à la conception du rôle du comité *ad hoc*, d'une sentence erronée (*V. supra p. 349*), la décision rendue le 25 septembre 2007

183. *See MTD V. Chile, para. 110 (fn 139).*

dans l'affaire *CMS* par un Comité *ad hoc* composé de MM. Gilbert Guillaume, Président, Nabil Elaraby et James Crawford, est exemplaire d'une décision qui procède d'une conception expansive du rôle des comités *ad hoc*, au moins en ce qui concerne le contrôle du défaut de motifs. Indépendamment de cette considération, la décision retient des clauses de respect des engagements (*umbrella clauses*) une conception qui n'est elle-même pas à l'abri de toute critique. Elle appelle enfin certains commentaires sur la manière dont un comité *ad hoc* doit concevoir son rôle lorsqu'il se trouve en présence de sentences dont il estime certains éléments erronés. On examinera tour à tour chacun de ces aspects de la décision *CMS*.

I. – La décision *CMS* annule partiellement la sentence rendue le 12 mai 2005 par un Tribunal arbitral composé de MM. Francisco Orrego Vicuña, Président, Marc Lalonde et Francisco Rezek, arbitres. Cette annulation concerne uniquement les dispositions de la sentence se rapportant à la violation constatée par le Tribunal arbitral de la clause de respect des engagements de l'Accord de protection des investissements conclu entre l'Argentine et les États-Unis en 1998. Elle est prononcée au titre de la violation de l'obligation de motiver la sentence figurant à l'article 52(1)(e) de la Convention de Washington.

On a déjà eu l'occasion de rappeler, dans la présente chronique (*V. supra p. 344*), l'évolution de la jurisprudence des comités *ad hoc* sur l'étendue du contrôle du défaut de motifs au sens de l'article 52(1)(e). Le contrôle de la pertinence du raisonnement qu'impliquaient les formules des décisions *Klöckner* et *Amco*, auxquelles se rattache la décision *Patrick Mitchell*, a fait place à la conception plus mesurée des décisions *Wena*, *Vivendi*, et, plus récemment, *RFCC* et *Soufraki*, qui distinguent clairement l'existence des motifs de la qualité de la motivation. La pertinence du raisonnement, sa justesse, son caractère convaincant sont sans conséquence dans l'instance d'annulation. Toutes ces notions relèvent du fond du raisonnement et sont indifférentes pour les besoins du contrôle externe de l'existence des motifs voulu par les auteurs de la Convention de Washington (*V. supra p. 343*). En dépit de ses formules prudentes, la décision intervenue en 2007 dans l'affaire *CMS* marque un recul par rapport à la conception mesurée du contrôle des motifs qui résultait de la jurisprudence *Wena*, *Vivendi* et *RFCC*.

En l'occurrence, c'est au prix d'une incursion dans le fond du raisonnement que le Comité *ad hoc* a prononcé l'annulation pour défaut de motifs de la partie de la sentence relative à la violation de la clause de respect des engagements. Le Tribunal arbitral avait en effet estimé qu'en prenant les mesures d'urgence que la situation de l'économie nationale lui paraissait appeler, en répudiant la parité peso-dollar américain et en suspendant l'indexation des tarifs sur un indice des prix américains, le Gouvernement argentin a engagé sa responsabilité internationale au titre de la clause de respect des engagements du traité. Celle-ci prévoyait que chaque partie respecterait toute obligation qu'elle aurait pu avoir souscrit « en relation avec un investissement » (« *with regard to investments* »). La méthode suivie par le Comité *ad hoc* pour vérifier si le Tribunal a motivé sa décision sur ce point conduit le Comité à faire porter son contrôle sur la

rectitude du raisonnement. La démarche est en effet la suivante. Le Comité commence par exposer les difficultés que lui paraît soulever l'argumentation de la demanderesse à l'arbitrage, actionnaire minoritaire dans la société de droit local, tendant à engager la responsabilité de l'État sur le fondement de la clause de respect des engagements alors que les engagements en cause n'ont été pris par l'État qu'à l'égard de la filiale. Le raisonnement est articulé en six points reproduits au paragraphe 95 de la décision du Comité : (a) l'*umbrella clause* vise des engagements spécifiques ; (b) les engagements n'existent pas *erga omnes* mais sont pris à l'égard d'un investisseur déterminé ; (c) la clause de respect des engagements ne les transforme pas et ne modifie pas les personnes susceptibles de s'en prévaloir ; (d) un actionnaire de la société de droit local contractuellement liée à l'État n'est lui-même pas tenu par les engagements pris par cette société à l'égard de l'État, notamment par la clause de règlement des différends ; (e) l'interprétation permettant à l'actionnaire de se prévaloir des conventions passées entre la société de droit local et l'État rendrait inutile l'article 25(2)(b) de la Convention CIRDI et (f) il n'existe aucune justification dans les travaux préparatoires de la Convention de Washington ni aucun précédent permettant à la clause de respect des engagements de jouer un tel rôle (*V. supra p. 95*).

Après avoir énoncé un tel raisonnement, sans se préoccuper plus avant de savoir si la question a été plaidée de cette manière devant le Tribunal arbitral, le Comité s'en sert d'étalon au regard duquel il se propose d'apprécier la motivation du Tribunal arbitral. Ce dernier n'ayant pas répondu spécifiquement à l'argument tiré du fait que l'engagement est pris à l'égard de la filiale et que c'est l'actionnaire qui s'en prévaut dans l'instance arbitrale CIRDI, sa décision est considérée comme entachée d'un défaut de motifs et annulée sur ce point.

La méthode nous paraît erronée en ce qu'elle ne pose pas de manière abstraite la question de l'existence de motifs sur la question qui était débattue par les parties mais procède de la comparaison entre un raisonnement jugé idéal par le Comité et celui qui a été effectivement suivi par le Tribunal. En cela, elle procède davantage d'un contrôle de la rectitude du raisonnement que de son existence, ce qui ne paraît pas conforme à l'esprit de l'article 52(1)(e) de la Convention.

II. – La méthode suivie par le Comité pour apprécier l'éventuel défaut de motifs de la sentence est d'autant plus inopportune que la question de la portée exacte des clauses de respect des engagements demeure très controversée et qu'il n'y a pas, en conséquence, de raisonnement s'imposant avec une telle évidence que le simple fait de s'en écarter devrait, par définition, être considéré comme entachant la sentence d'un défaut de motifs.

En réalité, la position doctrinale prise par le Comité *ad hoc* sur l'*umbrella clause* est elle-même contestable. On insistera cependant, avant de le montrer, sur le fait que la critique qui peut lui être adressée sur ce point est étrangère à celle qui consiste à souligner le caractère abusivement large du contrôle du défaut de motifs retenu par le Comité. Même si le raisonnement du Comité sur l'*umbrella clause* était en droit supérieur à celui du Tribunal – ce qui, selon nous, n'est pas

acquis – la critique relative à la compréhension même de la notion de « défaut de motifs » n'en persisterait pas moins. L'exemple de l'affaire *INA (Lucchetti)* montre que l'on peut à la fois désapprouver une sentence et approuver le Comité *ad hoc* de ne pas l'avoir annulée, compte tenu de la nécessaire réserve dont doit faire preuve tout comité à l'égard du fond du raisonnement suivi par le tribunal arbitral (V. *supra* p. 349).

La clause de respect des engagements du Traité conclu entre l'Argentine et les États-Unis consacrait l'engagement de l'État de ne pas violer les obligations qu'il avait pu souscrire « en relation avec un investissement ». La violation par l'État des engagements pris à l'égard de l'un quelconque de ses cocontractants constitue un fait juridique susceptible d'être pris en compte par le traité en tant que présumé de la norme que constitue la clause de respect des engagements. Une telle clause n'a pas pour objet d'importer l'obligation contractuelle, avec son régime procédural spécifique, dans le Traité. Comme toutes les autres dispositions du traité, elle a pour objet exclusif d'assigner à l'État une norme de comportement. Le fait, pour l'État, de s'écarter de cette norme de comportement constitue le fait générateur de sa responsabilité internationale. En cela, la violation contractuelle est prise par le traité comme un fait. Le régime procédural de la mise en œuvre de la norme n'est pas celui du contrat mais celui du traité puisque la norme violée, lorsque l'État s'écarter du comportement prescrit par le traité, est la disposition du traité elle-même. La question n'est donc pas de savoir si l'actionnaire minoritaire peut mettre en œuvre une obligation contractuelle de sa filiale, ainsi que le Comité *ad hoc* le suggère au paragraphe 96 de sa décision. Elle est de savoir s'il peut constater la violation du traité par l'État et en tirer les conséquences qui en découlent au titre du traité. Si un actionnaire minoritaire peut se prévaloir du traité, comme le reconnaît le Comité *ad hoc* (V. *déc.*, § 68 s., *supra* p. 352), il peut invoquer la violation de tout type d'obligation de fond souscrite par l'État, ce qui inclut la clause de respect des engagements aussi bien que celle qui impose à l'État de protéger l'investissement ou celle qui lui impose de ne pas l'exproprier sans indemnisation adéquate. Dans chacun de ces cas, une norme de comportement objective a été méconnue par l'État et tous ceux qui sont habilités à s'en prévaloir au titre du traité peuvent faire juger la réalité de cette allégation par les arbitres compétents pour connaître des différends relatifs aux violations du traité.

III. – La décision rendue dans l'affaire *CMS* appelle enfin quelques observations sur le rôle des comités *ad hoc* dans le système d'arbitrage CIRDI.

On ne peut manquer d'être frappé par la sévérité du ton employé par la décision à l'égard de la sentence. Les conclusions du Comité concernant la clause de respect des engagements ont été commentées dans les développements qui précèdent. Sur cette question, le Comité a estimé que le Tribunal a failli à son obligation de motiver sa décision faute d'avoir exposé les raisons pour lesquelles un actionnaire pourrait se prévaloir de la violation par l'État de ses engagements à l'égard de sa filiale en application de la clause de respect des engagements (V. *supra* p. 361). Le Comité reproche par ailleurs au Tribunal de ne pas avoir distingué plus clairement les conditions d'application de l'exception de nécessité

en droit international coutumier et celles du jeu de la réserve de l'ordre public de l'article XI du Traité entre l'Argentine et les États-Unis. L'assimilation des deux mécanismes lui paraît être « une erreur de droit manifeste » (§ 130). Le fait de les mettre sur le même pied, de ne pas avoir distingué les conséquences susceptibles d'en découler, ni précisé l'ordre de leur prise en considération – l'état de nécessité en droit international coutumier ne pouvant être invoqué que si la réserve de l'ordre public n'a pas déjà exclu la responsabilité de l'État – lui paraissent constituer « une autre erreur de droit » (§ 132). Sur le caractère temporaire de l'état de nécessité et ses conséquences, le Comité estime que le Tribunal a commis une autre « erreur de droit manifeste » (§ 146). Celle-ci résulte également de la confusion de l'état de nécessité en droit international coutumier et du jeu de l'article XI du Traité. En conclusion, le Comité relève qu'il a identifié « une série d'erreurs et de défauts » de la sentence, que celle-ci contient des « erreurs manifestes de droit » et qu'elle souffre de « lacunes et de raccourcis », étant précisé qu'aucun de ces défauts ne constitue une cause d'annulation en application de l'article 52 de la Convention de Washington.

S'il convient de reconnaître que la réserve de l'ordre public d'un traité et l'état de nécessité du droit international coutumier sont des mécanismes différents, le premier limitant le champ d'application des dispositions de fond du traité et le second excluant la responsabilité de l'État que l'on suppose par ailleurs acquise, et que la sentence *CMS* est demeurée quelque peu elliptique sur ces questions, on peut douter en revanche que la démarche suivie par le Comité soit appropriée. Le Comité *ad hoc* prend lui-même soin de relever qu'il ne peut sanctionner que l'excès de pouvoir manifeste et qu'il ne peut « substituer ses propres vues du droit et sa propre appréciation des faits à celles du Tribunal » (§ 158). Dans ces conditions, on peut se demander si l'insistance sur toutes les erreurs dont, selon le Comité, la sentence serait criblée, est bien conforme à son rôle. Contrairement à une instance d'appel, un comité *ad hoc* est chargé de s'assurer qu'aucun dysfonctionnement n'a affecté la conduite de la procédure et que la sentence n'est entachée d'aucun vice grave. Il ne doit, par définition, pas se préoccuper du reste : un raisonnement peut être juste ou faux, une constatation de fait erronée ou non, l'articulation d'un raisonnement convaincante ou pas. Dans un tel système de contrôle, le comité *ad hoc* ne gagne rien à souligner tous les points sur lesquels, à tort ou à raison, il aurait jugé différemment. Ces divergences procèdent du caractère humain de la justice et l'équilibre entre les impératifs de finalité de la décision et de correction des dysfonctionnements les plus graves invite les comités à ne pas s'appliquer à mettre en exergue d'éventuelles erreurs dès lors qu'ils estiment que leur gravité n'est pas telle qu'elles constituent des causes d'annulation. Il n'y a aucun avantage, ni du point de vue des parties qui voient la sentence maintenue en dépit des erreurs soulignées, ni de celui de la crédibilité de l'institution, à voir les comités *ad hoc* se comporter non comme de véritables instances d'annulation, mais comme des cours d'appel dépourvues du pouvoir de redresser un mal jugé.