

LA PROCEDURE D'ANNULATION DES

SENTENCES ARBITRALES DU CIRDI

IOHANN LE FRAPPER

FACULTY OF LAW

MC GILL UNIVERSITY, MONTREAL

OCTOBER 1993

Copy # 1

A thesis submitted to the Faculty of Graduate Studies and Research in
partial fulfilment of the requirements of the degree of Masters of
International Business Law

(c) Iohann Le Frapper 1993

RESUME

La Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats a institué un système de conciliation et d'arbitrage, à la fois spécialisé, autonome et exclusif, lequel est administré par le centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements("CIRDI"). La Convention de Washington de 1965 ne prévoit que trois voies de recours à l'encontre des sentences. Elles doivent être exercées dans le cadre de la Convention, à l'exclusion des recours devant les juridictions nationales. Le recours en annulation devait être employé dans des circonstances exceptionnelles. Toutefois, le succès obtenu par plusieurs requêtes en annulation a suscité des doutes sur l'efficacité du système du CIRDI. Alors que les rédacteurs de la Convention voulaient distinguer le recours en annulation d'un appel, les instances de contrôle ont procédé à une révision extensive du bien-fondé des sentences.

ABSTRACT

The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States established a specialized autonomous and self-contained conciliation and arbitration system administered by the International Centre for Settlement of Investment Disputes, an international institution created by the Convention ("ICSID"). The Washington Convention of 1965 provides only for three remedies, which can be invoked against awards. They must be exercised within the framework of the Convention, the intervention of national courts being excluded. The remedy of annulment was intended to be used in exceptional circumstances. However, the success of several annulment proceedings raised serious concern about the effectiveness of the ICSID system. Although the drafters of the Convention wanted to distinguish an annulment proceeding from an appeal, the review panels were drawn into a detailed review of the merits of the awards.

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier le Professeur Stephen Toope, sous la direction duquel cette thèse a été écrite. Je lui suis particulièrement reconnaissant des remarques et des critiques constructives qu'il avait bien voulu formuler à propos du premier projet de cette thèse en avril 1992.

Je voudrais également remercier ceux qui ont fait preuve de patience et m'ont soutenu à la fois matériellement et moralement dans l'achèvement de cette entreprise, en particulier mon frère et Patricia Gendrey.

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	1
1- L'acceptation universelle de la Convention de Washington.	2
2- Les raisons d'être de la Convention de Washington.	5
3- Le bilan du système de contrôle des sentences arbitrales CIRDI.	8
 CHAPITRE I- LA MISE EN OEUVRE DE LA PROCEDURE D'ANNULATION DES SENTENCES ARBITRALES CIRDI.	 20
 A. Un mécanisme d'annulation autonome destiné à assurer le caractère définitif des sentences prononcées.....	 21
1- Une procédure d'annulation interne au système.	21
2- Une procédure exclusive de tout recours judiciaire en contestation.....	23
3- Une procédure soumise à une liste limitative de cinq motifs d'annulation.....	27

B. L'interprétation extensive des motifs d'annulation de l'article 52 de la Convention de Washington.	32
1- Le contenu donné au grief d'excès de pouvoir manifeste du tribunal.	32
a) L'inclusion de l'incompétence dans le grief d'excès de pouvoir.	33
b) L'excès de pouvoir pour défaut d'application du droit applicable.	38
2- L'élargissement du grief de défaut de motifs.....	47
a) La contradiction de motifs.	47
b) L'obligation de réponse à tous les chefs de conclusion.	52

CHAPITRE II- LA DERIVE DU CONTROLE VERS UNE INSTANCE D'APPEL. 59

A. La distinction des mécanismes d'annulation et d'appel.....	60
B. Un contrôle au fond des sentences arbitrales, caractéristique des fonctions d'appel.....	63
1- Un contrôle approfondi du droit applicable.	63
2- L'exigence d'une motivation adéquate.	70

C. L'autorité controversée des décisions des Comités
"ad hoc" 77

1- La volonté d'élaboration d'une "jurisprudence" arbitrale. 78

2- La "res judicata" des décisions d'annulation partielle. 86

CONCLUSION : 97

BIBLIOGRAPHIE

ANNEXES

INTRODUCTION :

L'un des enjeux contemporains et essentiels de l'arbitrage commercial international consiste à trouver un équilibre entre le souci d'assurer le caractère obligatoire et irrévocable des sentences arbitrales, et la nécessité de remédier à un éventuel excès de pouvoir de la part des arbitres. Le premier impératif explique la tendance récente, à la fois au niveau international et interne, vers la restriction, et parfois l'exclusion, de toute supervision judiciaire portant sur la validité ou l'efficacité des sentences. En revanche, la légitimité d'un système de contrôle minimal des sentences arbitrales peut difficilement être contestée, sous peine de graves dérapages susceptibles de ruiner le crédit de l'arbitrage en tant que mode privilégié de règlement des différends. En d'autres termes, le souci d'efficacité de l'arbitrage ne peut exclure celui de la justice. Comme l'a pertinemment fait remarquer le Professeur Béguin, " *l'équilibre entre le juste et l'efficace... est particulièrement délicat à établir en ce qui concerne la place et le régime des voies de recours en matière d'arbitrage international*".¹

¹ Béguin, "La logique du régime des voies de recours en matière d'arbitrage commercial international" 242, dans *Etudes offertes à Roger Houin*, Paris, Dalloz, 1985, à la p. 242. Voir aussi, Reisman, "The Breakdown of the Control Mechanism in ICSID Arbitration" (1989) Duke L.J. 739, à la p. 746: "A leitmotif of modern international arbitration has been the search for a way of...devising some sort of institutional device to provide responsible and predictable control, while minimizing the potential for abuse of claims of nullity".

L'arbitrage institutionnel mis en place par la Convention de Washington de 1965, sous les auspices de la Banque Mondiale, représente une illustration innovatrice de cette recherche d'un équilibre *a priori* harmonieux entre le caractère définitif des sentences et une procédure de contrôle destinée à jouer dans des circonstances rarissimes.²

Afin de bien comprendre les rouages du système de contrôle des sentences arbitrales du Centre institué par la Convention, il est avant tout nécessaire de dresser un constat sur l'attitude favorable des Etats vis-à-vis de cette Convention, ainsi que d'esquisser le contexte historique de sa création.

1) L'acceptation universelle de la Convention de Washington.

La Convention de la Banque Mondiale, laquelle est en vigueur dans 107 États et dont le nombre d'Etats signataires s'élève à 121 au premier avril 1993, a pour objet de régir les différends relatifs à des opérations d'investissement, auxquelles une entreprise étrangère et l'État hôte sont parties.³

² *Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Others States*, 18 March 1965, 17 U.S.T. 1270, T.I.A.S. No. 6090, 575 U.N.T.S. 159, (1965) 4 I.L.M. 532 [ci-après la Convention de Washington]. Voir aussi les extraits principaux de la version française de la Convention en annexe de ce mémoire. La Convention est entrée en vigueur le 14 octobre 1966.

³ La République populaire de Chine a ratifié, le 7 janvier 1993, la Convention, laquelle est donc entrée en vigueur dans ce pays, le 6 février de la même année. Voir (1993) 8 Int'l Arb. Rep., n° 4 à la p. 19. Voir en annexe du mémoire, la liste des Etats contractants.

Selon M. Shihata, "*cet événement important marque le début d'une ère nouvelle en ce qui concerne l'investissement étranger et l'arbitrage international*" (Rapport annuel du Secrétaire Général au Conseil administratif du CIRDI, 1990, à la p. 2). M. Parra, conseiller juridique du CIRDI, a récemment fait remarquer au cours d'un colloque, qu'en

Le succès rencontré par ce traité dans la sphère de l'arbitrage international l'emporte, du moins au regard du nombre des ratifications, sur les autres conventions multilatérales sur l'arbitrage.⁴ L'attraction exercée par la Convention de Washington est accentuée par l'intérêt récent qu'elle a suscité chez plusieurs pays d'Amérique latine en 1991.⁵

Parallèlement, l'accroissement des traités bilatéraux d'investissement et des législations nationales sur l'investissement étranger, contenant le consentement donné à l'avance par les Etats à soumettre leurs différends avec l'investisseur étranger à l'arbitrage du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements [ci-après CIRDI], accrédi-te la thèse d'une réception effective de la Convention de Washington par la communauté internationale des Etats et des investisseurs.⁶

l'espace de 10 ans, le nombre d'Etats contractants a connu une augmentation proche des 30%. Parra, "ICSID and New Trends in International Dispute Settlement"(1993) 10 News from ICSID, n°1, 7. Voir aussi, Paulsson, "ICSID's achievements and prospects" (1991) 6 ICSID Review-FILJ 380, aux pp. 381-382.

⁴ Voir S. Toope, *Mixed International Arbitration: Studies in Arbitration between States and Private Persons*, Cambridge, Grotius, 1990 à la p. 254 et s. [ci-après Toope].

Comparer: la *Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, en date du 10 juin 1958 (330 R.T.N.U. 39, 21 U.S.T. 2518, T.I.A.S. n°6997 [ci-après Convention de New York]), réunit seulement 90 Etats depuis le 16 mars 1993. Voir Int'l Arb. Rep., supra, note 3 à la p. 19.

⁵ Il s'agit de l'Argentine, du Chili, de la Bolivie, et du Pérou. L'existence de 12 Etats signataires de la Convention dans cette région traduit un abandon progressif de la célèbre et traditionnelle doctrine Calvo. Voir à ce sujet les références citées par le Professeur Toope, supra, note 4, à la p. 260; Delaume, "The Finality of Arbitration Involving States: Recent Developments"(1989) 5 Arb. Int'l 21, à la p. 22 ; Baker et Yoder, "ICSID Arbitration and the US Multinational Corporation" (1988) 5 J. of Int'l Arb. 81, à la p. 92 ; Bouchez, "The Prospects for International Arbitration: Disputes Between States and Private Enterprises" (1991) 8 J. of Int'l Arb. 81, aux pp. 84-85 ; B. Audit, "L'arbitrage transnational et les contrats d'Etat: bilan et perspectives" dans Centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales de l'Académie de droit international de la Haye, *L'arbitrage transnational et les contrats d'Etat*, Dordrecht, Pays-Bas, Kluwer, 1987 aux pp. 27-28.

⁶ Concrètement, sur 600 traités bilatéraux d'investissement, alors qu'une écrasante majorité de ces traités fait référence au CIRDI, 168 à cette date prévoient un engagement ferme de l'Etat. En outre, il est fait référence au CIRDI dans le *North American Free*

Cette réception n'est pas seulement théorique: elle a des implications pratiques importantes, puisque la compétence du CIRDI a été fondée dans trois récentes affaires, non pas sur la base d'une clause compromissoire contenue dans un contrat d'investissement, mais soit sur une disposition législative, soit sur un traité bilatéral d'investissement.⁷

Ce mouvement témoigne donc d'une acceptation grandissante de l'arbitrage international, et surtout de l'arbitrage du CIRDI, comme mode privilégié de règlement des différends entre Etats et investisseurs privés étrangers.⁸

Quels sont brièvement les atouts de la Convention de Washington ?

A la différence d'autres conventions internationales sur l'arbitrage, la Convention de Washington a mis au point un système autonome, exclusif et isolé du droit national, pour le règlement de ces différends par voie de conciliation ou d'arbitrage. La procédure est ainsi détachée de toutes législations internes: la

Trade Agreement, lequel a été signé le 17 décembre 1992 par les représentants du Canada, du Mexique et des Etats-Unis et qui devrait être prochainement ratifié. Dans le Chapitre sur l'Investissement, les dispositions sur le règlement des différends entre une Partie et un investisseur d'une autre Partie prévoient un recours optionnel à différentes formes d'arbitrage, telles que l'arbitrage du CIRDI ou encore l'arbitrage ad hoc sur la base du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Par ailleurs, au moins 24 Etats ont introduit dans leur législation sur l'investissement une disposition prévoyant leur consentement à la compétence du CIRDI. Voir Parra, supra, note 3, à la p. 8. Le CIRDI est aujourd'hui l'une des cinq organisations constitutives de la Banque Mondiale.

⁷ Ibid. à la p. 9

⁸ L'article 25 de la Convention définit les conditions restrictives de la compétence du CIRDI: tout d'abord, il faut qu'un différend d'ordre juridique s'élève au sujet d'une opération d'investissement entre un Etat hôte (ayant ratifié la Convention) et un investisseur étranger ressortissant d'un Etat (ayant lui-même ratifié la Convention); ensuite, les parties doivent avoir consenti ou consentir à porter leur différend sous les auspices du CIRDI. Voir Toope, supra, note 4, à la p. 223 et s.; A. Broches, " The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States" (1972) 136 Hague Recueil 331, aux pp. 340-341; Baker et Yoder, supra, note 5, aux pp. 85 à 87.

Convention de Washington constitue, en effet, elle-même la *lex arbitri*, le rôle des tribunaux nationaux étant étroitement limité à la reconnaissance et à l'exécution obligatoires de la sentence.⁹ Ainsi, les sentences sont pourvues de la force exécutoire sur le territoire des États ayant ratifié la Convention, et cela, sans possibilité d'appel ou de recours, sous réserve du jeu de l'immunité d'exécution dont bénéficient les États (art. 54 et 55 de la Convention).

La Convention de Washington présente donc le mérite original d'exclure toute possibilité de recours devant les juridictions judiciaires nationales à l'encontre de la sentence (art. 53) et, de prévoir, en contrepartie, un mécanisme de contrôle interne des sentences rendues sous l'égide du CIRDI (appelé encore "ICSID").

Avant d'effectuer un bilan de l'efficacité de l'arbitrage du CIRDI à travers son système de contrôle des sentences arbitrales, il convient d'étudier les raisons qui ont conduit à la rédaction de cette Convention.

2) Les raisons d'être de la Convention de Washington

La création du CIRDI répond au souci initial d'aplanir les difficultés relatives au règlement des différends entre investisseurs étrangers et Etats hôtes, dont les intérêts respectifs sont d'autant plus difficiles à concilier que les parties ne sont pas situées sur un plan d'égalité.¹⁰

⁹ Broches, "Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States of 1965: Explanatory Notes and Survey of its Application"(1993) Yearbook Comm. Arb'n XVIII 627, à la p. 629 [ci-après Broches, *Explanatory Notes*].

¹⁰ " *The inadequacy of arrangements for dealing with investment disputes between developing countries and foreign investors has been a long-standing impediment to the flow of private capital into the developing countries*". Boskey et Sella "Settling

Tandis que l'Etat fait valoir ses prérogatives souveraines à l'égard d'un investissement projeté sur son territoire afin d'affirmer la compétence de ses tribunaux judiciaires, en revanche, l'investisseur éprouve une méfiance caractérisée vis-à-vis de ces derniers. Ses réticences portent sur la réalité de l'impartialité ou de l'indépendance des juges par rapport au pouvoir exécutif, sur les incertitudes liées aux différences de culture juridique, ou encore sur les compétences des juges s'agissant de l'examen d'opérations d'investissement particulièrement complexes.¹¹ L'acceptation d'un forum neutre par le biais d'une clause compromissoire a été, bien souvent, considérée par l'investisseur étranger comme une garantie minimale de nature à réduire les risques encourus. Toutefois, l'inexistence d'un forum indubitablement neutre aux yeux des opérateurs économiques et des Etats, l'emprise trop grande des juges et droits nationaux sur la procédure et la sentence arbitrales, ainsi que l'inadaptation des remèdes de l'arbitrage commercial classique aux intérêts et aux besoins particuliers des parties en présence, ont conduit le Conseil administratif de la Banque Mondiale à prendre l'initiative, lors de la Réunion annuelle tenue au mois de septembre 1962, de faire examiner par les Directeurs Généraux la question de l'intérêt et de la possibilité d'établir des mécanismes institutionnels pour la conciliation et l'arbitrage internationaux de ce type de différends. Sur la base du rapport présenté par les Directeurs Généraux et élaboré à partir de travaux préparatoires et de nombreuses réunions consultatives, le Conseil administratif a adopté une nouvelle Résolution, en septembre 1964, par laquelle les Directeurs Généraux se sont vus confier la mission de formuler la Convention de Washington, avant de la

Investment Disputes" (1965) 2 The Fund and Bank Review-Finance and Development 129.

¹¹ Audit, supra, note 5, aux pp. 24-26; Baker et Yoder, ibid. aux pp.82-83; Bouchez, ibid. à la p. 82; Berlin " Les contrats d'Etats ("State Contracts") et la protection des investissements internationaux" (1987) 13 D.P.C.I. 197, à la p. 247 et s..

soumettre aux Etats intéressés.¹²

La finalité avouée des promoteurs était d'encourager l'investissement privé international dans ces projets de développement, tout en maintenant un équilibre vigilant entre les intérêts respectifs de l'Etat hôte et de l'investisseur étranger.¹³

En fin de compte, il apparaît que la valeur primordiale de l'arbitrage du CIRDI réside dans l'originalité de ses mécanismes de règlement d'un différend d'origine commerciale, à savoir qu'ils tiennent compte non seulement des impératifs des affaires mais aussi des intérêts publics légitimes de l'Etat hôte. Ainsi, comme le Professeur Toope a su le souligner à juste titre, l'arbitrage du CIRDI prévient la politisation des litiges en écartant le mécanisme de la protection diplomatique.¹⁴

¹² *International Bank for Reconstruction and Development*, "Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States" (18 March 1965), reproduit dans (1965) 4 ILM 524, n° 1 à 8; Broches, "Explanatory Notes", supra, note 9, aux pp. 628-629; Reisman, "Repairing ICSID's Control System: Some Comments on Aron Broches' << Observations on the Finality of ICSID Awards >>" (1992), 7 ICSID Rev.-FILJ 196, à la p. 199. Ce dernier souligne le fait que le mécanisme de contrôle de l'arbitrage commercial international, prévu par la Convention de New York de 1958, était profondément inadapté, du fait de l'implication des tribunaux nationaux des parties, à la confidentialité recherchée dans l'arbitrage du CIRDI.

¹³ Voir *International Bank for Reconstruction and Development*, ibid., n°12-13. L'objectif visant à promouvoir une atmosphère de confiance réciproque entre les Etats et les investisseurs étrangers a été critiqué par le Professeur Toope, d'après lequel la finalité réelle des rédacteurs, à cet égard, était surtout d'accroître les garanties de l'investisseur étranger. Toope, supra, note 4, à la p. 219. Ce jugement est corroboré par le discours tenu par le conseiller juridique du CIRDI lui-même à propos des "*tremendous opportunities for private parties to participate in the international procedures of ICSID for the settlement of disputes with governments*". Voir Parra, supra note 3, à la p. 9.

¹⁴ Supra, note 4, aux pp. 223 et 261-262. Voir aussi Augenblick et Ridgway, "Dispute Resolution in World Financial Institutions" (1993) 10 J. of Int'l Arb. 77, à la p. 78.

3) Le bilan du système de contrôle des sentences arbitrales du CIRDI.

La Convention de Washington n'a pas dérogé à deux objectifs fondamentaux de l'arbitrage international, à savoir la rapidité et le caractère définitif des sentences, d'où le principe, posé par l'article 53, de l'exclusion de tout appel ou tout recours. Cependant, la nécessité majeure d'assurer l'exécution de la décision nécessitait des assouplissements au principe, sous peine d'éveiller les susceptibilités des uns et les réticences des autres.

M. Amadio faisait le commentaire suivant lors de l'entrée en vigueur de la Convention:

- *La permanence de l'institution arbitrale, l'autorité morale qu'elle confère à un décision rendue sous ses auspices, rendaient à la fois plus faciles à organiser et plus nécessaires les recours contre une sentence arbitrale inapplicable en pratique ou moralement inacceptable.*¹⁵

La Convention n'admet, par conséquent, que trois types de recours internes au Centre contre les sentences : les parties peuvent former une demande en interprétation (art.50), ou en révision (art.51) ou encore en annulation (art. 52).

Il nous paraît important de définir, à titre de préalable, la nature institutionnelle de l'arbitrage du CIRDI afin de pouvoir comparer utilement ce dernier avec un autre système d'arbitrage institutionnel, c'est-à-dire celui de la CCI.

A la différence de l'arbitrage ad hoc (dans lequel les parties organisent elles-même la procédure arbitrale ou encore se réfèrent à un Règlement

¹⁵ Amadio, *Le contentieux international de l'investissement privé et la Convention de la Banque Mondiale du 18 mars 1965*, Paris, L.G.D.J., 1967, à la p. 239.

d'arbitrage existant, tel que celui de la CNUDCI de 1976), l'arbitrage institutionnel se caractérise par l'application *a priori* d'un ensemble de règles édictées par le Centre d'arbitrage, sur lequel les parties ont jeté leur dévolu. Cette institution veille à la bonne exécution d'un Règlement d'arbitrage, lequel contient des prescriptions portant, par exemple, sur la composition du tribunal arbitral, la procédure à suivre ou encore la forme et les effets de la sentence arbitrale.¹⁶

L'un des avantages notables de la Convention de Washington consiste en cette organisation *in extenso* des aspects procéduraux de l'arbitrage du CIRDI, de manière à évacuer les problèmes soulevés par la vocation concurrente de plusieurs lois à régir la procédure arbitrale.¹⁷

A la différence du contrôle *a posteriori* qui caractérise l'arbitrage du CIRDI, le système d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale a mis au point un mécanisme d'examen préalable.¹⁸ La CCI a élaboré des règles destinées à assurer la neutralité et le bon déroulement de la procédure d'arbitrage, afin de prévenir des contestations abusives, qui seraient portées

¹⁶ Bouchez, *supra*, note 5, aux pp. 93-94; Stevenson, "An Introduction to ICC Arbitration"(1980) 14 J.Int'l L.& Econ. 381, aux pp. 386-387.

¹⁷ Bouchez, *ibid.* aux pp. 97-99; Amadio, *supra*, note 15 à la p. 216. D'après cet auteur, cette internationalisation de la procédure, qui permet d'échapper à tout contrôle judiciaire, représente un apport fondamental de la Convention de Washington par rapport à la *Convention de New York* de 1958 et à la *Convention européenne sur l'arbitrage commercial international* (Convention de Genève en date du 21 avril 1961, 484 R.T.N.U. 349) [ci-après *Convention européenne de Genève*].

¹⁸ Paulsson, "Vicarious Hypochondria and Institutional Arbitration"(1990) 6 Arb. Int'l 226 ; Stevenson, *supra*, note 16, aux pp. 390 et 398; Goekjan, "ICC Arbitration from a practitioner's perspective"(1980) 14 J. Int'l L.& Econ. 381, aux pp. 432-433; Loquin, "L'examen du projet de sentence par l'institution et la sentence au deuxième degré. Réflexions sur la nature et la validité de l'intervention de l'institution arbitrale sur la sentence":(1990) Rev. Arb. 427.

devant des juridictions nationales. A cet égard, l'article 21 du Règlement d'arbitrage de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI prévoit un examen des sentences, qui est préalable à leur notification aux parties.

Cette seconde lecture de la sentence permet à la Cour d'arbitrage d'imposer des modifications quant à la forme de la sentence et d'attirer, le cas échéant, l'attention du tribunal arbitral sur des questions substantielles, sans pour cela affecter la liberté de décision des arbitres. L'interdiction pour le tribunal arbitral de signer la sentence, tant que cette dernière n'a pas été approuvée quant à sa forme, permet d'assurer le respect des prescriptions du Règlement. L'interventionnisme de l'institution d'arbitrage ne se limite donc pas à l'organisation de la procédure arbitrale: il s'étend au produit du processus, à savoir la sentence elle-même.

Ainsi, la Cour d'arbitrage de la CCI bénéficie d'une position qui lui permet d'assurer l'intégrité du processus arbitral de la CCI et d'attirer l'attention des arbitres sur des questions de fond qui n'auraient pas été réglées de façon adéquate. Ce système présente, donc, plusieurs avantages: tout d'abord, il propage l'image de qualité des sentences arbitrales CCI;¹⁹ ensuite, il contribue au développement relativement cohérent d'une sorte de jurisprudence arbitrale, laquelle est basée sur la publication des seuls aspects juridiques des décisions dans le respect de l'anonymat des parties, et, sur la possibilité pour les arbitres de consulter des sentences rendues sur des questions similaires et mises à leur disposition.²⁰

L'intervention de la Cour d'arbitrage de la CCI apparaît donc, très légère en comparaison des suites d'un recours en annulation d'une sentence CIRDI, ainsi que nous nous proposons de le voir. L'étude des voies de recours en interprétation

¹⁹ Paulsson, supra, note 18, à la p. 230

²⁰ Stevenson, supra, note 16, à la p. 390

et en révision présente peu d'intérêt pratique dans la mesure où, pour l'instant, le CIRDI n'a été saisi d'aucun recours en interprétation ou en révision.²¹ Pour des raisons de délimitation du sujet, nous avons donc centré cette étude sur les difficultés soulevées par le recours en annulation.

Le recours en annulation a été conçu par les rédacteurs de la Convention de Washington comme une garantie donnée aux parties contre le fonctionnement défectueux du Tribunal arbitral. Certains commentateurs nous semblent *a posteriori* avoir fait preuve d'un bel optimisme en estimant, à l'époque, que "*le danger inhérent à l'invalidation abusive de la sentence est préventivement écarté: les motifs de la requête sont limitativement énumérés...*".²²

A titre de comparaison, le Secrétaire-général du CIRDI, M. Shihata, déclarait dans son rapport annuel devant le Conseil administratif en 1986 que,

*"the history of the Convention makes it clear that the draftsmen intended to i) assure the finality of ICSID awards; ii) distinguish carefully an annulment proceeding from an appeal; and iii) construe narrowly the grounds for annulment, so that this procedure remained exceptional."*²³

Le fait que M. Shihata ressente la nécessité de rappeler publiquement les objectifs de la Convention de Washington de 1965, est révélatrice d'un malaise réel au sein de l'institution, dont il convient d'examiner les origines et les prolongements.

Aucun recours en annulation n'avait été déposé devant le CIRDI en l'espace d'une vingtaine d'années jusqu'en 1984. Actuellement, sur la base d'un total de 29 affaires soumises à la procédure d'arbitrage du CIRDI depuis l'année

²¹ Broches, "Explanatory Notes", supra, note 9, à la p. 686

²² Amadio, supra, note 15, à la p. 240

²³ Rapport du Secrétaire-général au Conseil administratif du CIRDI, 1986, Annexe A à la p. 2.

1966,²⁴ 13 sentences ont été rendues pour un total de 11 affaires, et six ont fait l'objet de demandes en annulation.²⁵ En d'autres termes, presque une sentence sur deux a donné lieu à une requête en annulation. Toutefois, cette approche statistique doit être relativisée par le fait que deux de ces affaires ont fait l'objet chacune de deux procédures d'annulation concernant donc globalement quatre sentences, ainsi que nous allons le voir.

La première requête a visé la sentence rendue le 21 octobre 1983 dans l'affaire *Klöckner c. Cameroun*.²⁶ La sentence a été annulée à la suite d'un recours formé par le demandeur, à savoir l'investisseur.²⁷ Les parties ont alors soumis à nouveau leur différend devant un second tribunal. Cette deuxième sentence a fait à son tour l'objet d'un recours en annulation formé par les deux parties, mais il a été rejeté par le second Comité ad hoc le 4 janvier 1990.²⁸

²⁴ Ce chiffre correspond à une augmentation remarquable de 30% du nombre d'affaires enregistrées par le Centre, en l'espace de 4 ans depuis 1989. Comparer avec les chiffres donnés, en 1990, par le Professeur Toope, supra, note 4, à la p. 253. Les critiques formulées par de nombreux auteurs sur la faible utilisation de l'arbitrage du CIRDI mériteront sans doute d'être tempérées à moyenne échéance.

²⁵ Il s'agit d'une actualisation fondée sur les données fournies par le Professeur Caron dans un commentaire remarquable, "Reputation and Reality in the ICSID Annulment Process: Understanding the Distinction Between Annulment and Appeal", (1992) 7 ICSID Rev.-FILJ 21, à la p.27 et s.

²⁶ *Kloekner GmbH. v. United Republic of Cameroon* (ICSID Case No ARB/81/2). Voir la version originale en français dans (1984) 111 Journal de Droit Intl. 409; et une traduction des extraits essentiels en anglais par Paulsson, "The ICSID Kloekner v. Cameroon Award: the Duties of Partners in North-South Economic Development Agreements"(1984) 1 J.Intl Arb. 145. Voir aussi des extraits de l'opinion dissidente dans l'article de Niggeman, "The ICSID Kloekner v. Cameroon Award: the Dissenting Opinion"(1984) 1 J. Intl Arb. 331.

²⁷ Décision du Comité ad hoc du 3 mai 1985, reproduite dans (1986) 1 ICSID Review-FILJ 92.

²⁸ La deuxième sentence et la décision de rejet de la demande en annulation par le comité ad hoc Kloekner n'ont pas donné lieu à publicité, conformément au principe reconnu du droit des parties à la confidentialité du contenu des sentences arbitrales. Ce

Le deuxième recours en annulation a été exercé contre la sentence rendue dans l'affaire *Amco c. Indonésie*.²⁹ L'initiative de la demande en annulation a été prise par le défendeur, ici l'Etat hôte, et ce avec succès.³⁰ Le différend ayant été soumis à un nouveau tribunal, les deux parties ont voulu contester la sentence une seconde fois.³¹

Le deuxième recours en annulation a été rejeté récemment par le second Comité ad hoc.³²

Le troisième recours en annulation avait pour objet la sentence rendue dans l'affaire *MINE c. Guinée*.³³ A la demande du défendeur, c'est-à-dire l'Etat hôte, le Comité ad hoc a prononcé une décision d'annulation.³⁴ Les parties, lassées d'un contentieux né il y a plus de quinze ans, sont finalement parvenues à conclure un accord amiable.

Enfin, une quatrième requête en annulation a été formée contre la sentence rendue le 20 mai 1992 dans l'affaire *S.P.P. c. Egypte*.³⁵ Toutefois, l'Etat égyptien a renoncé à son recours; en effet, les parties ont conclu un accord amiable en date du 8 janvier 1993, aux termes duquel l'Egypte acceptait de payer aux

principe est d'ailleurs spécifié par l'article 48(5) de la Convention de Washington.

²⁹ *Amco Asia Corp. c. Indonésie* (ICSID Case N° ARB/81/1), en date du 20 Novembre 1984, (1986) 1 Int'l Arb. Rep., n° 1, 601 [ci-après "Amco I"].

³⁰ Décision du Comité ad hoc, (1986) 25 ILM 1441.

³¹ Sentence du 5 juin 1990, (1992) Yearbook Comm. Arb'n XVII 73, ou encore la traduction d'extraits en français par Gaillard, (1991) 118 JDI 165 [ci-après "Amco II"].

³² Décision non publiée en date du 17 décembre 1992; voir (1992) 7 Int'l Arb. Rep., n° 12, 3.

³³ *Maritime International Nominees Establishment (MINE) c. Guinée* (ICSID Case N° ARB/84/4), (1989) Yearbook Comm. Arb'n XIV 82.

³⁴ Décision du Comité ad hoc, (1990) 5 ICSID Rev.-FILJ 82.

³⁵ Sentence "*Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. c. Egypte*" (ICSID Case N° ARB/84/3).

demandeurs une certaine somme à titre de règlement transactionnel.³⁶

Le bilan de ces quatre affaires mérite les deux observations personnelles suivantes.

Tout d'abord, le bilan actuel des contestations est particulièrement lourd: il s'élève à trois décisions d'annulation pour les trois premières requêtes, même si les trois demandes suivantes n'ont pas abouti.³⁷ Nous verrons plus loin si cette situation est tout simplement le fruit du hasard ou si elle peut faire l'objet d'explications rationnelles.

Ensuite, le principe posé par la Convention, à savoir le caractère définitif des sentences arbitrales, ne semble pas avoir d'effets préjudiciables à la protection des intérêts des Etats. En effet, dans trois affaires sur quatre, c'est l'Etat hôte de l'opération d'investissement qui a pris l'initiative de faire usage des facultés de recours prévues par la Convention de Washington.³⁸

³⁶ Cette sentence n'ayant pas été publiée, cette affaire fameuse, dite **des Pyramides**, mérite quelques observations tirées principalement de (1993) 8, Int'l Arb. Rep., n°1, aux pp. 3-4. Ce règlement à l'amiable met fin à quatorze années de contentieux entre l'investisseur S.P.P. et l'Etat égyptien. Le différend est né au sujet d'un accord portant sur la création d'une entreprise conjointe chargée de développer un projet hôtelier devant être situé à proximité des Pyramides. Le gouvernement égyptien ayant ultérieurement décidé d'annuler le projet, l'investisseur étranger porta le différend devant la Cour internationale d'arbitrage de la CCI. Or, les Cours judiciaires françaises ont invalidé la sentence CCI en admettant le grief d'incompétence du tribunal arbitral, du fait de l'absence de signature par l'Etat de la clause compromissoire. L'entreprise étrangère a, alors, saisi le CIRDI, fondant la compétence de ce dernier sur la Loi égyptienne sur l'investissement étranger; en effet, celle-ci contenait le consentement ferme de l'Etat à la compétence du CIRDI.

³⁷ Comparer avec la Décision MINE, supra, note 34, N° 4.12: "[a] *pure statistical approach, for which there is in any event no significant basis at the present time, is wholly inappropriate as a measure of ICSID's effectiveness.*"

³⁸ Il nous apparaît très délicat à ce stade, voire hasardeux, de donner une interprétation, dépourvue d'équivoque, sur les raisons véritables qui ont poussé ces Etats à contester les sentences. S'agit-il de raisons institutionnelles liées à la difficulté pour l'Etat de renoncer à un mécanisme de contrôle de toute décision juridictionnelle, consistant notamment en un double- voir triple - degré de juridiction ? Ou bien est-ce que l'Etat, attaché à ses prérogatives de souveraineté et d'immunité, accepte mal de voir engager sa responsabilité par une juridiction internationale vis-à-vis d'un investisseur privé, dans la mesure où l'Etat se refuse à mettre sur un même plan des intérêts purement commerciaux et des intérêts

Si l'exercice d'une faculté ouverte par la Convention semble *a priori* fondé, l'on est en droit de se demander si la pratique des recours en annulation ne risque pas de se banaliser au détriment de l'image de l'arbitrage du CIRDI. Outre l'atteinte au caractère définitif des sentences rendues sous les auspices du CIRDI, il importe d'ajouter le risque de contentieux arbitral indéfini et résultant de recours en annulation en cascade.³⁹

Le succès de ces requêtes s'explique-t-il par les lacunes graves des sentences visées ou au contraire par la sévérité avec laquelle les Comités ad hoc constitués dans chaque affaire ont apprécié le respect des exigences posées par la Convention de Washington ?

Il ne faut pas négliger le fait que la volonté des tribunaux arbitraux de parvenir à un compromis acceptable pour les deux parties est particulièrement marquée à propos d'un litige entre un État et une personne privée. Bien que les deux parties bénéficient d'une égalité sur le plan procédural, seul l'un des deux est un sujet de droit international et dispose des prérogatives correspondantes. Aussi, la recherche légitime d'un compromis, accentuée par la désignation d'un arbitre par chaque partie, ne doit-elle pas conduire seulement "à couper la poire en deux".⁴⁰

publics, dont la mise en avant peut légitimer la violation de ses engagements contractuels ? Ou bien encore s'agit-il plus prosaïquement pour l'Etat, attentif à l'importance des enjeux financiers, de recourir à des manoeuvres dilatoires visant, à défaut de contester le principe même de sa responsabilité, soit à négocier une réduction du montant de la condamnation soit à retarder l'échéance du paiement ?

³⁹ Voir les critiques de l'ancien directeur juridique de MINE, chargé de superviser la procédure au stade du recours en annulation : "*The process has the potential to be repeated ad infinitum*". Sturzenegger, "ICSID Arbitration and Failure to State Reasons- The Decision of the Ad Hoc Committee in MINE v. Guinea"(1992) 9 J. of Int'l Arb. 173, à la p. 198.

⁴⁰ Pour certains auteurs, la défectuosité du système se situe au niveau de la composition des tribunaux arbitraux plutôt qu'à celui de la procédure de contrôle. Voir, par exemple, Sturzenegger, *ibid.* à la p. 197: "... *the principle of finality, while attractive in theory, is*

Il est, en effet, dans l'attente légitime des parties que les arbitres fournissent une base rationnelle et motivée à leur sentence afin de prévenir le risque d'arbitraire. Il paraît cependant inévitable que la tendance des arbitres à défendre les arguments avancés par ceux qui les ont désignés pousse le président du tribunal arbitral (composé de 3 membres, en général) à accorder des concessions aux deux camps. Comment la cohérence du raisonnement juridique développé au soutien de la conciliation intervenue entre les arbitres pourrait-elle n'encourir aucun reproche aux yeux critiques d'une instance de contrôle neutre ?⁴¹

unworkable in practice in conditions in which the composition of the Tribunal is controlled by the parties and not by ICSID itself. This has the result that the standards and consistency of the preparation of awards cannot be controlled by ICSID prior to the lodging of a request for annulment."

La première affirmation nous semble critiquable en ce qu'elle nie l'une des caractéristiques essentielles de l'arbitrage: en choisissant leurs arbitres, les parties à un différend s'assurent que les juges qu'elles se donnent ne feront pas prévaloir une logique purement juridique sur des préoccupations commerciales ou politiques inhérentes à la particularité de tels conflits. Voir, en ce sens, le point de vue plus large d'un sociologue français dans un ouvrage remarqué sur la restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit: " Comme l'avait noté Max Weber, les détenteurs du pouvoir économique n'acceptent d'être jugés que s'ils peuvent choisir leur juge, et juger à leur tour de la qualité du service rendu"; voir Y. Dezalay, *Marchands de droit*, Paris, Ed. Fayard, 1991, à la p. 215. En outre, la possibilité d'exercer une influence directe sur la composition du tribunal arbitral est, non seulement, une source de confiance pour les parties dans la sélection d'un mode de règlement de leur différend, mais encore, elle leur permet d'être jugées par des arbitres bénéficiant d'une compétence et d'une expérience établies. Voir Baker et Yoder, supra, note 5, à la p. 83 et s. ; Bouchez, supra, note 5, à la p. 83.

⁴¹ Un expert particulièrement averti dans la sphère de l'arbitrage international (et ayant assumé le rôle de conseil dans plusieurs affaires du CIRDI) a fait remarquer que le système d'arbitrage de la CCI présentait un atout indiscutable sur celui du CIRDI, à savoir l'examen préalable des sentences (étudié ci-dessus à la p.10 et s.): "*Parties contemplating ICSID arbitration may regret that the ICSID system does not save significant amounts of time and money by giving pre-established ad hoc committees the opportunity of reading awards before they are rendered and, by judicious comments, save them from ruin.*" Paulsson, supra, note 18, à la p. 232. Pour plusieurs auteurs, tels que le Professeur Reisman et le Professeur Toope, la recherche d'une solution consensuelle par les arbitres est une fonction inhérente au processus de décision d'un tribunal arbitral, dont la composition est déterminée par les parties. Aussi, M. Reisman suggère-t-il la prise en compte par les Comités ad hoc de ce facteur sous-jacent lors de l'examen du raisonnement de la sentence. Reisman, " The Breakdown of the Control

En comparaison, les Comités ad hoc cherchent surtout à contrôler le respect de règles fondamentales prescrites par la Convention de Washington. Ils ont donc une tendance inexorable à vouloir assumer une fonction normative, d'interprétation plus ou moins autoritaire de ladite Convention.⁴²

Le dilemme réside dans cette contradiction entre, d'une part, leur conscience d'élaborer des lignes directrices destinées à guider les parties, les futurs utilisateurs du CIRDI ainsi que les tribunaux arbitraux postérieurs (dans la même affaire et pour d'autres différends), et d'autre part, le fondement consensualiste de l'arbitrage. Les parties peuvent difficilement adhérer à des décisions prononcées par des instances de contrôle, dont la composition leur échappe pour l'essentiel, en théorie; en effet, les membres des Comités ad hoc sont désignés par le Président du Conseil administratif du CIRDI (lequel est en même temps le Président de la Banque Mondiale) sur les recommandations du Secrétaire-général du Centre.

Les premières décisions d'annulation ont suscité un feu nourri de critiques quasi-unanimes des commentateurs, pour lesquels l'absence de caractère définitif des sentences CIRDI annonçait le déclin de cette institution arbitrale déjà peu sollicitée par les parties intéressées. M. Paulsson a établi récemment un bilan de l'activité du CIRDI, dans lequel il rappelle très justement à cet égard la spécificité de cet arbitrage institutionnel :

"An institution designed for rare disputes of a quasi-public nature, with the object of avoiding conflict, should not be judged by the criteria applicable to mechanisms designed for all-purpose private law contracts and by comparison with institutions whose success is measured by the

Mechanism in ICSID Arbitration", supra, note 1, aux pp. 796-797; et " Repairing ICSID's Control System", supra, note 12, à la p. 206.

⁴² Reisman, ibid. à la p. 199 et s.

frequency of disputes submitted to them."⁴³

Aussi importera-t-il de garder constamment à l'esprit le caractère *sui generis* de l'arbitrage du CIRDI, lequel ne peut faire l'objet d'une évaluation critique dans la perspective moniste de l'arbitrage commercial international classique, étant donné la complexité des intérêts politiques, économiques et juridiques en jeu dans les affaires portées devant le Centre.

Ainsi que nous nous proposons d'aborder cette étude, les décisions d'annulation rendues par les Comités ad hoc se caractérisent, en premier lieu, par une interprétation très extensive des motifs d'annulation prévus par l'article 52 de la Convention, alors que les "pères fondateurs" de celle-ci s'étaient efforcés de concilier l'irrévocabilité des sentences et la nécessité de remédier aux hypothèses flagrantes d'abus de pouvoir et d'injustice, d'où l'adoption d'un recours en annulation étroitement délimité.⁴⁴

[*Chapitre I. La mise en oeuvre de la procédure d'annulation des sentences arbitrales dans le cadre du CIRDI.*]

Elles témoignent, en second lieu, d'une confusion dans l'esprit des membres des Comités ad hoc des fonctions de contrôle et celles d'une cour

⁴³ Paulsson, "ICSID achievements and prospects." (1991) 6 ICSID Rev.-FILJ 380, à la p. 381. La complexité et la lourdeur de mise en oeuvre du mécanisme de règlement des différends prévu par la Convention conduisent à réserver cet arbitrage aux projets d'investissement complexes, tels que des contrats d'industrialisation ou de construction d'une certaine envergure à moyen ou long terme, ou encore des contrats d'entreprises conjointes.

⁴⁴ Broches, "Observations on the finality of ICSID awards." (1991) 6 ICSID Rev.-FILJ 321, aux pp. 324-325

[ci-après *Broches, Observations*].

d'appel; en effet, ainsi que nous le verrons, les Comités ad hoc se sont arrogés le pouvoir exorbitant, au regard des dogmes de l'arbitrage commercial international, d'effectuer un contrôle au fond des sentences, contrairement à la lettre même et à l'esprit de la Convention de Washington. Nous nous attacherons, à cette occasion, à souligner la différence de nature qui existe entre les fonctions d'annulation et celles d'appel, même si ces deux fonctions sont inhérentes à tout processus de contrôle de décisions juridictionnelles, qu'elles soient arbitrales ou judiciaires. Cette dérive vers des fonctions d'appel pouvait-elle avoir un autre effet que la fragilisation démesurée des sentences arbitrales du CIRDI ?

C'est pourquoi le Comité ad hoc, dans la troisième affaire MINE c. Guinée, a semblé vouloir tirer des enseignements des premières décisions d'annulation (et des critiques virulentes qu'elles ont suscité) en faveur d'une conception plus restrictive de son rôle; cette réaction ponctuelle traduit peut-être un revirement durable et salutaire dans le mécanisme de contrôle du CIRDI. Elle sera examinée concrètement à la lumière des solutions dégagées par les différents Comités ad hoc afin d'établir leurs similitudes et leurs divergences, qu'elles soient apparentes ou réelles.⁴⁵

Le souci de faire jurisprudence est, corrélativement, omniprésent dans l'esprit des membres des Comités ad hoc, d'où l'élaboration de principes d'interprétation de la Convention et la volonté de doter leur raisonnement de l'autorité de chose jugée dans les affaires ayant donné lieu à une annulation partielle. [*Chapitre II. La dérive du contrôle vers une instance d'appel*]

⁴⁵ La décision d'annulation MINE n'a pas non plus échappé aux griffes de certains commentateurs, pour lesquels celle-ci témoigne de l'échec de la Convention dans l'accomplissement de ses objectifs et suscite des doutes majeurs sur l'intérêt du CIRDI. Voir, par exemple, Sturzenegger, supra, note 39, à la p. 173.

CHAPITRE I. La mise en oeuvre de la procédure d'annulation des sentences arbitrales CIRDI.

Les rédacteurs de la Convention de Washington de 1965 avaient eu pour objectif d'assurer l'irrévocabilité des sentences prononcées sous les auspices du Centre; d'où l'impossibilité innovatrice de leur contestation devant toute juridiction nationale ainsi que la mise en place d'un mécanisme d'annulation d'ordre interne et destiné à un emploi exceptionnel.⁴⁶ Or, les Comités ad hoc chargés de statuer sur les requêtes en annulation, ont adopté une conception très libérale des chefs d'annulation visés par l'article 52 de ladite Convention. Les difficultés proviennent du fait que la question de la nature exacte du mécanisme de l'article 52 n'a été éclaircie ni par les *Documents Historiques de la Convention*, ni par le *Rapport des Directeurs Généraux* de 1965.⁴⁷

⁴⁶ M. Broches a rappelé à propos de l'article 53 de la Convention de Washington que "*this article proclaims the finality of the award, subject only to the remedies provided by Arts. 50, 51 and 52...*"; supra, note 9, à la p. 700.

Les déclarations et explications fournies par M. Broches bénéficient d'un grand crédit au sein de la communauté internationale; en effet, il a, tout d'abord, joué un rôle moteur dans l'organisation des travaux préparatoires sollicités par la Banque Mondiale, la présidence des réunions consultatives régionales réunissant des experts juridiques, et celle du Comité juridique chargé de conseiller les Directeurs Généraux sur la formulation de la Convention. Ensuite, il a assumé les fonctions de Secrétaire-général du CIRDI pendant une quinzaine d'années. Depuis 1980, il est intervenu comme arbitre ou consultant dans plusieurs affaires portées devant le CIRDI.

De même, M. Delaume, lui-même ancien secrétaire-général du CIRDI, soulignait il y a quelque temps déjà que: "*the ICSID machinery [was] intended to promote the finality of ICSID awards.*" Supra, note 5, à la p. 30.

⁴⁷ Voir Reisman, supra, note 12, à la p. 199.

A. Un mécanisme d'annulation autonome destiné à assurer le caractère définitif des sentences prononcées.

La Convention de Washington a résolu un certain nombre de questions délicates en vue de pourvoir à deux excès possibles: d'une part, le risque d'arbitraire de la part du tribunal arbitral et, d'autre part, la pratique abusive, soit des recours en annulation, soit des recours en opposition à la reconnaissance et à l'exécution des sentences, devant une multitude de juridictions nationales. Les rédacteurs de la Convention ont donc élaboré un mécanisme de contrôle révolutionnaire sur trois plans: il s'agit d'une procédure d'annulation 1) interne au système, 2) exclusive de tout autre recours, et 3) destinée à un emploi exceptionnel.

1) Une procédure d'annulation interne au système.

Tout d'abord, l'originalité de l'arbitrage du CIRDI réside dans le fait que la procédure des voies de recours est interne au système.⁴⁸ La Convention a créé une instance de contrôle spécifique au sein du Centre même mais elle n'a pas institué de tribunal ou de cour doté d'une quelconque permanence pour statuer sur

⁴⁸ Voir, outre les commentaires précédemment cités: Berranger, "L'article 52 de la Convention de Washington du 18 mars 1965 et les premiers enseignements de sa pratique." (1988), Rev. de l'arbitrage 93 ; Redfern, "ICSID-Losing its Appeal?", (1987) 3 Arb. Intl. 98 ; Feldman, "The Annulment Proceedings and the Finality of ICSID Arbitral Awards." (1987) ICSID Rev.-FILJ 85 ; Reisman, supra, note 1 ; Schatz, "The Effect of the Annulment Decisions in *Amco v. Indonesia* and *Klöckner v. Cameroon* on the Future of the ICSID" (1988), 3 Am.U.J.Int'l L. & Pol'y 481.

les requêtes en interprétation, en révision ou en annulation. D'après M. Reisman, les rédacteurs de la Convention se seraient principalement inspirés des propositions formulées par d'éminentes commissions de juristes, visant à soumettre les contestations portant sur des sentences devant la Cour Permanente (puis Internationale) de Justice. Ainsi, la Commission Juridique constituée sous l'égide de la Société des Nations, avait soumis un rapport contenant des projets de protocole, lesquels prévoyaient "inter alia" que:

"The permanent court of International Justice shall declare the award which is impeached to be null, in whole or in part, if it recognizes the application to be well founded. By such annulment, the parties to the dispute shall be replaced in the legal position in which they stood before the commencement of the proceedings which gave rise to the award which has been impeached" ...⁴⁹

S'il apparaît clairement que les rédacteurs de la Convention ont eu la même approche quant à la portée de la décision d'annulation, en revanche ils ont rejeté l'idée d'un recours à une instance supérieure et extérieure. D'ailleurs, M. Broches, l'un des fondateurs et promoteurs de la Convention de Washington, récuse l'inspiration de ces travaux datant des années 1930.⁵⁰ Il rappelle que ce sont les travaux de la Commission juridique internationale des Nations-Unies, dans le cadre d'un projet de procédure arbitrale, qui sont véritablement à l'origine des dispositions de la Convention sur le recours en annulation.⁵¹

⁴⁹ Voir Rapport De La Commission Juridique, 25 septembre 1929, Annexe Société Des Nations 122 & 338, et les développements détaillés du professeur Reisman, supra, note 1, aux pp.751-754.

⁵⁰ Voir Broches, supra, note 44, à la p. 333: "*the fact is that these proposals were never considered by the drafters as they were irrelevant in the ICSID context.*"

⁵¹ Ibid. à la page 325: "*the Commission's deliberations at its 1952 and 1953 sessions...are of particular interest as background to the treatment of annulment in the Convention, since its initial formulation of grounds of annulment was based on the Commission's 1953 Draft.*" [Report of the International Law Commission to the General

L'article 52 de la Convention dispose que l'une des parties peut demander l'annulation de la sentence dans un délai de 120 jours à partir de la date à laquelle la sentence a été rendue (sauf allégation du grief de corruption). La requête doit être soumise à un Comité ad hoc de trois membres désignés par le Président du Conseil Administratif du Centre à partir des noms figurant sur la liste des arbitres. L'article 52(3) prévoit un certain nombre de restrictions préventives, dont l'effet est d'assurer l'impartialité des membres composant les Comités ad hoc et un regard neuf sur la sentence, puisque ces personnes ne peuvent avoir été arbitres dans la même affaire.⁵²

2) Une procédure exclusive de tout recours judiciaire en contestation.

Ensuite, la spécificité remarquable de l'arbitrage du CIRDI se manifeste dans son internationalité: toute possibilité de contrôle ou de révision des sentences par des juges nationaux est exclue.⁵³ L'expression anglo-saxonne de "self-contained

Assembly on its Fifth Session, Doc. A/2456, Yearbook of the International Commission 1953, vol.II à la p. 211]

⁵² L'article 52(3) dispose in fine qu'"...*Aucun membre dudit comité ne peut être choisi parmi les membres du tribunal ayant rendu la sentence, ni posséder la même nationalité qu'un des membres dudit tribunal ni celle de l'Etat partie au différend ou de l'Etat dont le ressortissant est partie au différend, ni avoir été désigné pour figurer sur la liste des arbitres par l'un desdits Etats ...*"

⁵³ Voir l'éminent comparatiste aujourd'hui décédé, René David, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, Economica, 1982, à la p.223 ; Toope, supra, note 4, à la p.234; Ouakrat,"La pratique du CIRDI"(1987) 13 DPCI 273; Pirrwitz,"Annulment of arbitral awards under Article 52 of the Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States.", (1988) 23 Texas Intl LJ 73 aux pp.80-82; Carbonneau,"Arbitral Adjudication: a Comparative Assessment of its Remedial and Substantive Status in Transnational Commerce."(1984) 19 Texas ILJ 33, à la p.95; Craig,"Uses and Abuses of Appeal from Awards."(1988) 4 Arbitration Intl 174, aux pp. 209-214.

system" est particulièrement expressive. Il résulte des termes de l'article 53 que toute forme d'appel ou de recours, autre que ceux admis par la Convention, est proscrite. Pour M. Broches, l'exclusion de l'appel des sentences est absolue, à savoir "[the] review by another body of the decisional process as well as of the substance of the award, which may result in its reversal or reformation."⁵⁴

Ainsi, les sentences CIRDI ne peuvent en aucune manière faire l'objet d'une appréciation judiciaire sur la base de droits nationaux.⁵⁵

M. Redfern explique pertinemment que

*"unlike the New York Convention, (the most widely used method of enforcing foreign arbitral awards) the Washington Convention does not specify any ground on which recognition and enforcement of an ICSID award may be refused by a national Court."*⁵⁶

A titre de comparaison, les grandes institutions internationales d'arbitrage, telles que la Cour de la CCI ou la LCIA, et le Règlement d'arbitrage ad hoc de la CNUDCI ne prévoient pas de mécanisme de contestation interne des sentences; en revanche, ces dernières sont susceptibles de voir leur validité contestée non seulement devant les tribunaux du pays où la sentence a été rendue, mais encore devant les tribunaux des Etats où la reconnaissance et l'exécution sont demandées. De plus, les décisions judiciaires rendues au sujet de ces sentences,

⁵⁴ Supra, note 44 à la p.322.

⁵⁵ Le Secrétaire-Général du CIRDI a trouvé utile de rappeler en 1986 que, "an award is not open to attack on any ground in the Court of the Contracting State. Because of this, the drafters of the Convention felt it proper to provide special remedies, independant from any domestic legal system which gave the parties the assurance that, should an arbitral tribunal deviate from the rules set forth in the Convention, the matter can be the object of impartial consideration by an independant body..." (1986) ICSID Ann. Rep., à la p. 4.

⁵⁶ Supra note 48, à la page 99. La Convention de New York prévoit dans son article 5, les sept raisons pour lesquelles le juge ressortissant d'un État partie à la Convention peut refuser d'accorder la reconnaissance ou l'exequatur d'une sentence.

propos de l'exécution d'une sentence CIRDI fut respectueuse de la Convention puisqu'elle observa que ses dispositions

*"offrent une procédure d'exequatur simplifié et restreignent les fonctions du tribunal désigné par chaque État contractant à vérifier l'authenticité de la sentence certifiée par le Secrétaire-Général du Centre"*⁶⁰.

Il résultait bien de la lettre et de l'esprit de la Convention que toute sentence CIRDI devait avoir vocation à être définitive. Par conséquent, il nous semble que les critiques formulées sur l'absence de caractère définitif des sentences du CIRDI méritent d'être relativisées par l'unicité du forum devant lequel les parties peuvent demander l'invalidation de la sentence.⁶¹

Après avoir examiné les caractéristiques interne et exclusive de la procédure d'annulation, il convient de préciser les griefs prévus par la Convention.

⁶⁰ Voir *Benvenuti & Bonfant Co.v. Gouvernement de la République du Congo* (Cour d'appel de Paris, 6 juin 1981) reproduit dans (1981) 20 ILM 877. Pour une analyse détaillée de la question, voir Delaume, "ICSID Arbitration and the Courts" (1983) 77 A.J.I.L. 784. La délivrance de la formule de l'*exequatur* doit être clairement distinguée de l'autorisation judiciaire de procéder à des mesures d'exécution *per se*. Voir, par exemple, Toope, supra, note 4, à la p. 245, arguant des limites pratiques à l'efficacité des sentences arbitrales, à savoir la question, qui est réservée par l'article 55 de la Convention, de l'immunité d'exécution des États.

⁶¹ M. Paulsson rappelle les progrès énormes qui ont été réalisés par la Convention de Washington dans la perspective de la réticence traditionnelle des États à l'adjudication des différends par voie d'arbitrage: "*To allow such an unprecedented degree of authority and autonomy to the ICSID mechanism was conceivable only if there were some form of check on ICSID arbitrators...Hence the challenge mechanism.*" Supra, note 43, aux pp. 387-388.

3) Une procédure soumise à une liste limitative de cinq motifs d'annulation.

Enfin, la Convention de Washington se situe dans la tendance relativement récente au niveau des conventions internationales et des législations internes, laquelle est à la restriction du nombre des griefs susceptibles de remettre en cause la validité ou l'efficacité des sentences arbitrales. Un praticien de l'arbitrage a synthétisé cette évolution par les termes suivants:

"Review of the merits of international awards is less and less frequently authorized, and the principle that the judge does not have to verify that the arbitrator correctly determined the facts and applied the law is generally either stated or applied".⁶²

L'article 52(1) permet de demander l'annulation pour l'un quelconque des motifs suivants:

- a) vice dans la constitution du tribunal ;
- b) excès de pouvoir manifeste du tribunal;
- c) corruption d'un membre du tribunal;
- d) inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure;
- e) défaut de motifs.⁶³

⁶² Thieffry, supra, note 58, à la p. 28.

⁶³ La version française n'est pas tout à fait identique à la version anglaise pour le cinquième motif: "*that the award failed to state the reasons on which it was based.*" Cette divergence de signification entre deux versions officielles de la Convention, ne pouvait manquer de susciter des difficultés d'interprétation sur la portée exacte de la motivation attendue des arbitres. C'est un point que les Comités ad hoc successifs allaient devoir éclaircir, avec plus ou moins de bonheur...

Il s'agit de motifs de révision exceptionnellement restrictifs. Ils le sont même davantage que ceux prévus par la Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères ainsi que par la loi-modèle de la CNUDCI de 1985.⁶⁴ D'après M.Craig, ces derniers "*were intended to serve as garde-fou and were expected to dissuade most parties from even considering annulment proceedings.*"⁶⁵ A la différence de ces textes de source internationale, même une disposition d'ordre public ne peut fonder une contestation quelconque de la sentence CIRDI.⁶⁶ Ainsi, il est impossible pour une partie de contester, en dernier recours, une sentence sur le fondement d'une violation d'un intérêt public essentiel ou d'une réglementation impérative de l'Etat hôte de l'investissement ou d'un autre Etat.⁶⁷

⁶⁴ L'article 34 de la Loi-modèle de la CNUDCI n'autorise qu'un appel en annulation, à l'exclusion de tout autre recours, devant les tribunaux judiciaires du siège de l'arbitrage. La liste limitative des motifs d'annulation correspond à ceux de la Convention de New York. Deux dispositions témoignent de l'objectif de renforcer la validité des sentences contre une demande d'annulation.

D'une part, celle-ci doit être présentée dans un délai de trois mois à compter de la date à laquelle la communication de la sentence a été reçue; d'autre part, l'article 34(4) permet aux tribunaux de donner une seconde chance de survie aux sentences contenant un vice de procédure: "*the Court, when asked to set aside an award, may, where appropriate and so requested by a party, suspend the setting aside proceedings for a period of time determined by it in order to give the arbitral tribunal an opportunity to resume the arbitral proceedings or to take such other action as in the arbitral tribunal's opinion will eliminate the grounds for setting aside.*" Voir le texte de la Loi-modèle dans (1986) 2 Arb. Int. 20 .

⁶⁵ Supra note 53, à la p. 209.

⁶⁶ Voir Toope, supra, note 4, à la p. 245; Pirrwitz, supra, note 53, à la p. 82; Delaume, supra, note 60, aux pp. 796-800; Caron, supra, note 25, à la p. 52; Paulsson, supra, note 3, aux pp. 387-388.

⁶⁷ Il peut s'agir, par exemple, de la prohibition d'accords en matière de stupéfiants, d'armements, ou encore de la violation de réglementations impératives en matière économique, environnementale, etc...

La Convention de Washington peut aussi être utilement comparée avec les réformes législatives relatives à l'arbitrage commercial international étant intervenues dans plusieurs pays afin de restreindre, voire exclure, les recours judiciaires disponibles à l'encontre de sentences rendues entre parties étrangères.⁶⁸

Le pays précurseur fut le Royaume-Uni avec l'*Arbitration Act* de 1979, lequel autorise les parties à exclure contractuellement la possibilité d'une révision judiciaire des questions de droit dans certains types d'arbitrages internationaux.⁶⁹

La France a amplifié ce mouvement par un décret de 1981, lequel limite les motifs de révision des sentences arbitrales internationales à ceux édictés par la convention de New York.⁷⁰ Désormais, le Nouveau Code de procédure civile français n'admet que deux types de recours contre les sentences internationales: d'une part, un recours en annulation dirigé contre les sentences rendues en France

⁶⁸ Voir Park, "Judicial Controls in the Arbitral Process"(1989) 5 Arb. Int'l 230, à la p. 264 et s.; Delaume, supra, note 60, à la p.28 et s.. Pour une approche à la fois plus large et historique, voir surtout l'article récent de Samuel, "Arbitration in Western Europe- A Generation of Reform"(1991) 7 Arb. Int'l 319. Il y dresse un tableau complet des origines de l'arbitrage en Europe, et des réformes législatives intervenues depuis une vingtaine d'années.

⁶⁹ Voir le texte reproduit dans, (1979) 18 I.L.M 1249; et les commentaires de Samuel, "the 1979 Arbitration Act-Judicial Review of Arbitration Awards on the Merits in England", (1985) 2 J.Intl Arb. 53.

⁷⁰ Voir le décret No 81-500 au Journal Officiel du 14 mai 1981; et le commentaire de P. Fouchard, "L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981."(1982) 109 JDI 374. C'est un arrêt qui est particulièrement à l'origine de la volonté législative de clarifier le rôle des tribunaux français à l'égard de l'arbitrage commercial international: *General National Maritime Transport co. c. Société Gotaverken Arendel A.B.*, Paris, 21 février 1980,(1980) 107 JDI 660 (note Fouchard). En effet, dans cette affaire, les juges du second degré avaient estimé qu'une sentence arbitrale, n'ayant pas été rendue selon la loi procédurale française et n'ayant pas de lien particulier avec le système juridique français, ne pouvait faire l'objet d'un recours en annulation en France.

Toutes ces Conventions internationales et législations nationales sont fondées sur un postulat commun, à savoir que l'intervention judiciaire est néfaste à l'irrévocabilité des sentences, *a fortiori* à l'objectif primordial de l'efficacité de l'arbitrage international:

*"for the actors in international commerce, it is the worst of both worlds when agreement to arbitration results in both arbitration and litigation."*⁷⁶

En ce qui concerne le CIRDI, il convient d'étudier attentivement dans quelle mesure l'intention des auteurs de la Convention de circonscrire le contentieux post-arbitral à des hypothèses rarissimes a été bien comprise ou non par les Comités ad hoc chargés d'apprécier les motifs d'annulation invoqués par les parties mécontentes des conclusions retenues par les tribunaux arbitraux.

"marketing" visant à attirer, au moyen d'un standard laxiste de contrôle, un public composé de "professional consumers" vers les grands centres européens d'arbitrage. Voir, en ce sens, Park, *supra*, note 68, à la p. 264. Ce dernier a également souligné les dangers d'une telle tendance si elle était poussée à l'extrême: "*The fashions for non-national justice and arbitral autonomy, if pushed too far, will ultimately backfire to compromise the integrity of international dispute resolution*". *Ibid.*, à la p. 231.

Voir aussi, Thieffry, *supra*, note 58, à la p. 29, expliquant cette tendance comme étant le résultat d'une compétition entre les pays désireux de promouvoir leurs systèmes d'arbitrage respectifs; Dezalay, *supra*, note 40, à la p. 215: "...le champ de l'arbitrage a sa logique propre qui s'impose aux arbitres, notamment celle d'une concurrence entre les grandes places d'arbitrage."

⁷⁶ Feldman, *supra* note 48, à la p. 87.

B) L'interprétation extensive des motifs d'annulation de l'article 52 de la Convention de Washington.

En pratique, trois motifs sur les cinq prévus par la Convention de 1965 sont susceptibles de recevoir application: il s'agit de l'excès de pouvoir manifeste, de l'inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure et du défaut de motifs; en effet, les griefs de vice dans la constitution du tribunal ou de corruption n'ont été invoqués dans aucune des affaires, à propos desquelles l'annulation d'une sentence a été demandée, et ces deux cas de figure restent assez improbables à propos du CIRDI.⁷⁷ Il résulte des trois affaires qui ont donné lieu à l'annulation de sentences que seuls les motifs d'excès de pouvoir manifeste (art. 52(1)(b)), et de défaut de motifs (art. 52(1)(e)) ont été accueillis avec succès. Or, les motifs b) et e) ont malheureusement fait l'objet d'une interprétation particulièrement libérale, laquelle a été critiquée unanimement par la doctrine et les praticiens.

1) Le contenu donné au grief d'excès de pouvoir manifeste du tribunal.

Le motif d'excès de pouvoir manifeste a été examiné par les Comités ad hoc dans le cadre des requêtes en annulation formées par les parties, invoquant tantôt l'incompétence du tribunal arbitral, tantôt le défaut d'application du droit applicable.⁷⁸

⁷⁷ Voir Redfern, supra, note 48, à la p. 102; Broches, supra, note 9, aux pp. 689 et 692.

⁷⁸ Nous ne pouvons faire état que des trois premières décisions des Comités ad hoc; en

a) L'inclusion de l'incompétence dans le grief d'excès de pouvoir.

L'incompétence d'un tribunal arbitral constitué sous les auspices du CIRDI a été alléguée lors du premier recours en annulation déposé devant le Centre à l'encontre de la sentence "Kloeckner c. Cameroun".⁷⁹

Ce motif n'a été invoqué à l'appui d'une demande en annulation ni dans l'affaire AMCO c. Indonésie (puisque le tribunal arbitral avait rendu une décision préliminaire sur sa compétence, laquelle décision ne fut pas contestée par l'Indonésie), ni dans l'affaire MINE c. Guinée.

Il convient de présenter brièvement les faits de la première affaire pour la clarté de l'exposé: le groupe Kloeckner avait constitué une entreprise conjointe avec le Cameroun ; aux termes de leur accord, Kloeckner s'engageait à construire une usine d'engrais, à être responsable de sa gestion technique et commerciale pendant une période de cinq ans, et détenait 51 pour cent des parts sociales de l'entreprise conjointe chargée du fonctionnement de l'usine. Après que Kloeckner ait construit l'usine, le Cameroun réalisa l'absence de viabilité de l'opération et décida de fermer l'usine. Kloeckner, qui réclamait une somme équivalente à 207 millions de Francs français correspondant au solde impayé du prix de fourniture de l'usine, porta sa requête devant le CIRDI.

Le tribunal arbitral présidé par M. de Aréchaga, ancien président de la Cour Internationale de Justice, rejeta, à la majorité de ses membres, le bien-fondé de cette demande sur le constat de l'inexécution par Kloeckner de ses obligations

effet, l'absence de publication des décisions suivantes nous empêche de savoir quels motifs ont été invoqués et comment ils ont été interprétés par les Comités ad hoc.
⁷⁹ Voir, supra, note 26.

Le Comité ad hoc a rejeté cet argument, considérant que l'incompétence alléguée ne constituait pas un excès de pouvoir manifeste:

"it is possible to have different opinions on these delicate questions, or even, as do the Application for Annulment or the Dissenting Opinion, to consider the Tribunal's answers to them not very convincing or inadequate. But since the answers seem tenable and not arbitrary, they do not constitute the manifest excess of powers which alone would justify annulment under Article 52(1)(b). In any case, the doubt or uncertainty (...) should be resolved, 'in favorem validitatis sententiae' and lead to rejection of the alleged complaint".⁸³

Le Comité ad hoc avait fait une déclaration préliminaire, selon laquelle l'incompétence du tribunal arbitral entraînait nécessairement dans le cadre de l'excès de pouvoir;⁸⁴ pourtant, l'incompétence du tribunal arbitral ne forme pas un chef spécifique d'annulation prévu par la Convention de 1965, à la distinction d'autres systèmes de contrôle.⁸⁵ Pour certains auteurs, l'admission d'un motif spécial d'annulation pour incompétence simple aurait été dangereuse pour l'économie de la Convention.⁸⁶

⁸³ Voir N° 52 de la Décision, supra, note 27. Le Comité était composé d'arbitres internationaux prestigieux, à savoir M. Lalive, président, M. El-Kosheri, et M. Seidl-Hohenveldern. En dépit de cela, la Décision a suscité autant de critiques que la sentence elle-même.

⁸⁴ "Clearly, an arbitral tribunal's lack of jurisdiction... necessary comes within the scope of an excess of powers", N° 4, ibid.

⁸⁵ Voir: l'article 1502-1 du Code de Procédure civile français; l'article 5(1)(c) de la Convention de New York, lequel n'exige pas le caractère "manifeste" de l'incompétence; l'article 34(2)(a) de la loi-modèle CNUDCI; les articles 5-6 de la Convention européenne de Genève.

⁸⁶ Voir par exemple, Kahn, "Le contrôle des sentences arbitrales rendues par un tribunal CIRDI.", dans *La Jurisdiction Internationale Permanente*, Lyon, éd. Pedone, 1987

Il apparait que le Comité ad hoc a défini un test en deux temps: d'une part, y-a-t-il eu un excès de pouvoir caractérisé par l'incompétence du tribunal et d'autre part, cet excès est-il manifeste?⁸⁷ Le problème soulevé par les commentateurs provient du fait que le Comité ad hoc n'aurait pas fait application de son propre test dans la mesure où il aurait " escamoté" la première étape: à partir du moment où l'argumentation du tribunal était soutenable et non arbitraire au regard de sa compétence, l'excès de pouvoir ne pouvait être considéré comme manifeste.⁸⁸

En effet, le critère de solutions soutenables a été interprété comme signifiant vraisemblablement que l'article 52(1)(b) n'exigerait rien de plus qu'un examen sommaire de la sentence.

Cette approche du Comité a été sévèrement critiquée sur plusieurs plans: tout d'abord, les questions de compétence exigent une réponse claire dans un sens négatif ou positif et ne peuvent être examinées en termes de degrés ; ensuite, le choix d'un contrôle de la compétence du tribunal limité à un examen sommaire de la sentence est en contradiction flagrante avec l'article 36(3) de la Convention; enfin, le critère de ce qui est soutenable est particulièrement subjectif en l'absence de référence faite à un système juridique donné.⁸⁹

Selon l'article 36(3) de la Convention de Washington , "le secrétaire général doit enregistrer la requête à moins qu'il ne découvre , sur la base de l'information contenue dans la requête, que le différend est

(Colloque S.F.D.I.,Lyon,mai 1986) , 363.

⁸⁷ Voir supra, note 84.

⁸⁸ Voir Pirrwitz, supra, note 53, aux pp. 97-102 ; Gaillard, "CIRDI: Chronique des sentences arbitrales" (1987) 114 JDI 135, à la p. 188; Thompson, supra, note 82, à la p. 98.

⁸⁹ Ibid. ; voir aussi les remarques pertinentes du Professeur Reisman, supra, note 1, aux pp. 764 et s.. Il conclut, non sans ironie, par ces termes: "*arbitrators at the present time rarely, if ever, find themselves without jurisdiction.*"(à la p.766).

manifestement en-dehors de la compétence du Centre."

S'il incombe au Secrétaire général du CIRDI d'effectuer un contrôle sommaire de la compétence du Centre, il semble légitime de douter de l'intérêt d'un second contrôle également superficiel.

Étant donné que les rédacteurs de la Convention ont eu sans équivoque l'intention d'inclure un dépassement de la compétence arbitrale dans la notion d'excès de pouvoir manifeste, le respect de l'économie de la Convention implique logiquement un examen plus approfondi de la part des Comités ad hoc quant à la compétence retenue par un tribunal arbitral.⁹⁰

Ainsi, l'incompétence ne doit être sanctionnée que si elle constitue un excès de pouvoir manifeste, conformément à l'esprit et à la lettre de la Convention.⁹¹

Il apparaît donc clairement que le Comité ad hoc ne partageait pas les conclusions du tribunal sur sa compétence mais que, n'ayant pas voulu substituer son jugement, il a préféré l'entériner sur le fondement de la présomption de

⁹⁰ Voir: ICSID, *2 History of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States* (1970) Part 2, à la p. 850.

"The expression 'manifestly exceeded its powers' concerned the cases referred to...as *ultra petita*, namely, where the Tribunal would have gone beyond the scope of agreement of the parties or would have decided points which had not been submitted to it."

⁹¹ Cette exigence d'un contrôle strict de la compétence du tribunal arbitral se justifie en tant que contrepartie au nécessaire libéralisme dont doivent bénéficier les sentences arbitrales internationales, et par un souci de concordance avec les dispositions de la Convention de New York. Voir à ce sujet les regrets exprimés par Gaillard quant à l'absence d'un motif spécifique, supra, note 88, à la p. 187. Toutefois, il nous semble que ce souci de concordance avec la Convention de New York doive être relativisé par le fait que l'exigence d'une incompétence manifeste n'est présente que dans la Convention de Washington. Comparer avec Broches, supra, note 44, à la p. 359: "There is... no reason why in the context of the ICSID Convention,...lack of jurisdiction should be treated differently from other instances of excess of powers".

historiques), lequel était applicable du fait de l'absence de choix exprimé par les parties.

En fait, le tribunal arbitral avait retenu deux principes qu'il prétendait tirés du droit français: d'une part, un devoir de tout révéler entre partenaires participant à un projet complexe, et, d'autre part, l'"*exceptio non adimpleti contractus*". Selon Kloeckner, le tribunal se référait de façon critiquable à une vague déclaration de principes généraux qu'ils prétendait reconnus universellement.

Sur la question du devoir d'information élevé à la hauteur d'un principe général, le Comité ad hoc considéra que:

"the tribunal does not claim to ascertain the existence (of a rule or a principle) but asserts or postulates the existence of such a "principle" which (after having postulated its existence) the tribunal assumes or takes for granted that it "is a basic principle of French civil law"94.

Il a paru insuffisant au Comité de se référer uniquement à un principe de base sans donner de références plus précises:

"In the absence of any information, evidence or citation in the Award, it would seem difficult to accept, and impossible to presume, that there is a general duty, under French civil law(...), for a contracting party to make a full disclosure to its partner"95.

Par voie de conséquence, le Comité ad hoc est arrivé à la conclusion que le tribunal arbitral a agi en dehors du cadre fourni par l'article 42(1) de la Convention en faisant application de concepts ou principes qu'il considérait

94 N° 67, supra, note 27.

95 Ibid., N° 75.

comme équitables, et a, par là-même, manifestement excédé ses pouvoirs au sens de l'article 52(1)(b). Il en a déduit l'annulation totale de la sentence sur le fondement de l'unité des composantes de cette dernière.

Pour M. Redfern, la référence faite par le tribunal arbitral à des principes généraux justifiait les critiques sévères formulées par le Comité;⁹⁶ en revanche, il se demande si la sentence n'aurait pu être préservée en dépit de ses lacunes. Il considère indirectement que les affirmations du tribunal auraient pu être étayées par des références détaillées au droit camerounais ou français.⁹⁷

Mais le Comité ad hoc a rejeté la possibilité de combler ces lacunes:

*"It is not the responsibility of the ad hoc Committee under Article 52 to determine instead of the Tribunal what rules... might be applicable, to insert them in some a posteriori way into the Award, either in place of the reasoning found there and cited above, or in place of non-existent reasoning. The Committee can only take the Award as it is, interpreting it according to the customary principles of interpretation..."*⁹⁸.

⁹⁶ Voir aussi les critiques de Reisman, supra, note 1, à la p. 760; Pirrwitz, supra, note 53, à la p. 114.

⁹⁷ Redfern, supra, note 48, aux pp. 106-108. Plusieurs professeurs français ont d'ailleurs conforté ce point de vue. Voir, par exemple, B. Audit, "Jurisprudence arbitrale et droit du développement" dans H. Cassan, *Contrats internationaux et pays en développement*, Paris, Economica, 1989, 115, à la p. 130 et s.: "Le droit français ne connaît à l'évidence aucune règle spécifique aux accords de développement économique, et donc susceptible de prendre en considération la protection du partenaire non industrialisé, mais il est possible de rattacher la solution de la sentence au principe traditionnel du droit français des contrats, à savoir que le principe selon lequel "les conventions doivent être exécutées de bonne foi" (v. art. 1134 du Code civil français) pouvait justifier la responsabilité contractuelle de la partie ayant la conscience de nuire à son cocontractant." D'après cet auteur, l'annulation de cette sentence souligne le risque de référence au propre droit de l'Etat hôte de l'investissement, lorsque ce dernier n'est pas suffisamment sophistiqué. Il prône, donc, l'application d'un droit international des contrats dans la mesure où il est plus favorable aux intérêts des Etats en développement. Ainsi, le modèle de l'obligation d'information ou de conseil à la charge du professionnel, laquelle est peu à peu reconnue dans les droits internes des pays industrialisés, pourrait être transposé en un devoir d'information particulière à la charge du partenaire développé (c'est-à-dire a priori l'investisseur).

⁹⁸ N° 73, supra, note 27; voir Reisman, supra, note 1, à la p. 768.; l'avis conforme de Broches, supra, note 44, à la p. 361.

Cette position nous semble très critiquable dans la mesure où le principe posé par la Convention, à savoir celui du caractère définitif de la sentence arbitrale, est perdu de vue par le Comité ad hoc. A cet égard, ce dernier fait preuve d'une plus grande sévérité que certaines jurisprudences nationales vis-à-vis de sentences rendues en équité.⁹⁹

D'après M. Pirrwitz, la véritable motivation de l'annulation de la sentence est déguisée et d'ordre politique: la partialité de la sentence en défaveur de Kloeckner était dangereuse pour la crédibilité et la neutralité du CIRDI, particulièrement au regard des objectifs de la Convention visant à promouvoir l'intérêt du Centre pour les investisseurs privés étrangers.¹⁰⁰

Cette décision irait donc à l'encontre de la doctrine favorable à l'élaboration par la jurisprudence arbitrale d'un droit transnational des accords de développement économique.¹⁰¹ Le même auteur critique l'argumentation du Comité, d'après lequel les pouvoirs des arbitres ont pour limite l'exigence de respecter l'article 42(1), sans quoi cette disposition serait dépourvue de sanction. A ses yeux, cette

⁹⁹ Ainsi, la jurisprudence française se révèle beaucoup plus favorable à la validité de la sentence arbitrale dans de telles circonstances. Comme l'a récemment rappelé le Professeur Loquin, "Perspectives pour une réforme des voies de recours"(1992) Rev. Arb. 321, à la p. 336: "*la violation de leur mission par les arbitres ne sera sanctionnée qu'à défaut << d'équivalence des conditions >> entre la solution déduite de l'application de la règle de droit et celle donnée en équité par le tribunal arbitral, en violation de sa mission.*" Il est ainsi fait référence à une jurisprudence française bien établie qui rejette l'annulation de la sentence, dès lors que l'usage infondé de pouvoirs d'amiables compositeurs a été sans influence sur la solution déduite de l'application de la règle de droit. Le cas d'ouverture de l'article 1502-3° du NCPC français, qui prévoit que le recours en annulation est possible, "*lorsque l'arbitre a statué sans se conformer à sa mission*", fait, donc, l'objet d'une interprétation restrictive de la part du juge étatique, de nature à apaiser les critiques relatives à la formulation trop large de ce cas d'ouverture.

¹⁰⁰ Pirrwitz, supra, note 53, à la p. 106.

¹⁰¹ Voir les titres révélateurs à cet égard des articles de Paulsson, supra, note 26, et d'Audit, supra, note 97.

logique peut inciter à faire respecter toutes les dispositions de la Convention par l'article 52, d'où sa préférence pour le fondement consensuel de la compétence des arbitres lesquels doivent respecter la volonté des parties d'incorporer la Convention dans leur accord.¹⁰²

En revanche, la plupart des auteurs ont approuvé le Comité ad hoc d'avoir affirmé la délicate distinction entre le défaut d'application du droit applicable (lequel doit être sanctionné) et l'application erronée du même droit, appelée encore *error in iudicando* ¹⁰³. D'ailleurs, cette distinction est conforme à l'intention des rédacteurs de la Convention.¹⁰⁴ Le même Comité considéra sur la base de l'article 52(1)(b) que :

*"an error in iudicando could not in itself be accepted as a ground for annulment without indirectly reintroducing an appeal against the arbitral award, and the ad hoc Committee... does not have the duty to say if the case has been well or ill judged, but whether the award must be annulled".*¹⁰⁵

Les décisions rendues dans les affaires suivantes, à savoir "AMCO c. Indonésie" et "MINE c. Guinée", ont repris cette distinction d'une application

¹⁰² Pirrwitz, supra, note 53, à la p. 104

¹⁰³ N° 60, supra, note 27.

¹⁰⁴ Pour les rédacteurs, seule l'application d'un droit n'ayant pas fait l'accord des parties, et non une erreur d'interprétation ou d'application du droit applicable, tombait dans la catégorie de l'excès de pouvoir manifeste; ils justifiaient la distinction sur le fondement de la violation des termes de la clause compromissoire ou du compromis. Voir ICSID, 2 *History of the Convention*, supra, note 90, (Part. II, Doc.31, Apr.27-May 1964, Consultative Meeting of Legal Experts), à la p. 518 [cité par Caron, supra, note 25, à la p. 41]. Il est intéressant de noter que le Président de cette réunion n'était autre que M. Broches lui-même.

¹⁰⁵ Ibid., N° 61.

pourtant particulièrement difficile.¹⁰⁶ Ainsi, pour le Comité MINE, les pouvoirs du Tribunal sont définis par les termes de référence employés par les parties dans la clause compromissoire. Si le tribunal déroge manifestement à ces termes de référence, l'excès de pouvoir relatif à l'application du droit applicable est jugé manifeste.¹⁰⁷

Seul M. Feldman considère à l'appui des travaux préparatoires que même le défaut d'application du droit applicable ne devrait pas être un fondement d'annulation, les Comités ad hoc devant réserver leur examen aux questions de compétence et d'intégrité de la procédure arbitrale:

*"Failure to apply the proper law does not affect the jurisdiction of the tribunal and should not be grounds for annulment as excess of power"*¹⁰⁸.

Selon cet auteur, la conclusion établie par le Comité ad hoc, à savoir que les premiers arbitres avaient statué comme amiables compositeurs, aurait suffi à

¹⁰⁶ Voir le N° 23 de la décision AMCO c. Indonésie, supra, note 30 : *"Failure to apply such law, as distinguished from mere construction of that law, would constitute a manifest excess of powers..."* ; ainsi que le N° 5.04 de la décision MINE c. Guinée, supra, note 34 : *"La non-application des règles de droit applicable doit cependant être distinguée de la mauvaise application de ces règles qui, même si elle est manifestement injustifiée, ne constitue pas une cause d'annulation. (Historique de la Convention, vol.II , 340 et 854)"* Cette distinction fera l'objet d'appréciations critiques infra, Chapitre II A) 1).

¹⁰⁷ Par exemple, si les arbitres appliquent des règles de droit autres que celles prévues par les parties, ou encore statuent en équité, il faut encore vérifier que cette dérogation soit manifeste. Voir le N° 5.03 de la décision MINE, supra, note 34. Ainsi que le fait remarquer M. Caron, il en résulte qu'une dérogation manifeste aux termes de référence ne doit pas être confondue avec une erreur, même manifeste, dans l'application du droit applicable. Voir Caron, supra, note 25, à la p. 41.

¹⁰⁸ Feldman, supra, note 48, à la p.104. Ce point de vue sur l'impossibilité pour le Comité de contrôler les motifs de droit ou de fait de la sentence a été critiqué par plusieurs auteurs tels que Gaillard, supra, note 88, à la p.189. Nous reprochons personnellement à la conception de M. Feldman de confondre indistinctement les concepts de compétence et de pouvoirs ou de mission; or, les questions de compétence et de mission donnent souvent lieu à des griefs distincts d'annulation, même si la Convention de Washington n'a pas expressément effectué cette distinction.

établir une violation de sa compétence représentative d'un excès de pouvoir.¹⁰⁹ Pour M. Reisman, bien que le Comité ad hoc Kloeckner se soit efforcé de distinguer clairement le recours pour non-application du droit applicable de celui pour une application erronée de ce dernier, il paraît clair que le Comité était de l'avis que la conclusion juridique du tribunal sur l'obligation de tout révéler constituait une erreur de droit qu'il ne pouvait laisser passer. En effet, le tribunal avait respecté l'article 42 de la Convention dans la mesure où il avait identifié le droit applicable, à savoir le droit camerounais basé sur le droit français.¹¹⁰

La contradiction relevée entre la déclaration de principe et l'attitude *de facto* du Comité constitué dans l'affaire Kloeckner est d'autant plus frappante dans l'affaire AMCO c. Indonésie, où le Comité ad hoc est allé de façon flagrante au-delà du contrôle du droit appliqué par le tribunal arbitral, ainsi que nous le verrons dans le Chapitre II.

En revanche, dans l'affaire MINE c. Guinée, le Comité ad hoc fut plus respectueux de la distinction ci-dessus établie entre la non-application et l'application erronée du droit applicable.

Le litige concernait l'inexécution d'un contrat portant sur la mise en place d'une société d'économie mixte de transports maritimes, destinée à l'affrètement et à la gestion de navires au long cours.¹¹¹ En effet, la Guinée avait violé ses

¹⁰⁹ Voir dans le même sens, Pirwitz, supra, note 53, à la p. 104. D'une manière plus générale, il apparaît prudent pour les arbitres, incités à trouver un compromis, de ne pas négliger l'"habillage" en droit de leur décision, sous peine d'annulation... Voir en ce sens, Berger, "The International Arbitrators' Application of Precedents" (1992) 9 J.Int'l. Arb. 5, à la p.19: "*the arbitrator...should be cautious not to put too much emphasis in the reasons of the award on notions of equity and fairness. Rather, he must indicate that he is still rendering a decision in law and not in equity...*"

¹¹⁰ Voir Reisman, supra, note 1, à la p. 769.

¹¹¹ Alors que les parties avaient convenu initialement de soumettre un différend éventuel à l'arbitrage CIRDI, l'entreprise MINE, une société de droit du Liechtenstein contrôlée par des intérêts suisses, invoqua, en 1978, la violation du contrat par la Guinée devant

engagements contractuels en concluant un accord ayant le même objet avec une entreprise tierce. La difficulté ne concernait pas, ici, la détermination de la responsabilité de l'une des parties mais l'évaluation de la compensation due à l'entreprise MINE.

Le tribunal composé d'arbitres américains avait prononcé le 26 janvier 1988 une sentence condamnant la Guinée à indemniser MINE pour violation du contrat. La Guinée invoqua au soutien de sa demande en annulation, l'excès de pouvoir manifeste résidant dans le défaut d'application du droit guinéen, lequel avait été choisi par les parties au contrat.

Toutefois, bien que les références faites par la sentence à l'obligation de bonne foi visée par l'article 1134 du Code civil français étaient inappropriées eu égard à l'autonomie du droit guinéen par rapport au droit français depuis 1958, le Comité a considéré que la disposition pertinente du droit guinéen avait la même teneur que celle du droit français, d'où le rejet du bien-fondé du grief.¹¹²

l'American Arbitration Association puis chercha à faire exécuter la sentence prononcée en sa faveur devant les cours américaines. A la fin de l'année 1980, la Guinée ayant fait valoir son immunité d'exécution et *a posteriori* la compétence du CIRDI, MINE se résolut finalement à saisir le Centre en mai 1984. Entretemps, plusieurs procédures judiciaires se sont déroulées devant les juridictions européennes au sujet de mesures conservatoires demandées dans l'attente de l'issue de la procédure arbitrale. Voir, *MINE V. Guinea*, Tribunal de première instance de Genève, 13 mars 1986, reproduit dans (1987) 12 YBCA 514; *Guinea v. MINE*, Surveillance Authority of Geneva, 7 octobre 1986, reproduit dans (1987) 26 ILM 382; *Guinea v. MINE*, Cour de 1ère instance Antwerp, 27 septembre 1985, reproduit dans (1987) 12 YBCA 181. Pour un récit exhaustif des péripéties procédurales, voir Sturzenegger, supra, note 39, aux pp. 175-176.

¹¹² Le parallélisme des positions du comité ad hoc MINE et de la jurisprudence française mérite d'être souligné. Dans le droit français de l'arbitrage international, lorsque l'arbitre fait application d'une loi autre que celle choisie expressément par les parties pour régir le fond du litige, la jurisprudence fait également application du principe général de droit, à savoir: "pas de nullité sans grief". "*Seule l'absence d'équivalence des solutions données par le droit appliqué et le droit choisi par les parties justifierait le refus d'exequatur de la sentence ou sa nullité.*" Loquin, supra, note 99, à la p. 337.

Par conséquent, cette démarche du Comité ad hoc dans la dernière affaire doit, à notre avis, être approuvée en ce sens qu'elle témoigne d'un souci de ne pas annuler une sentence arbitrale pour des raisons purement formelles. Elle se démarque, à ce sujet, de la décision du Comité Kloeckner, lequel n'avait pas recherché dans le droit camerounais ou français applicable des références détaillées afin de conforter la validité de la sentence.¹¹³

S'il est vrai que le rôle des Comités ad hoc ne consiste pas au premier abord à pallier les insuffisances des sentences rendues par les premiers arbitres, il n'empêche que la promotion de l'arbitrage du CIRDI dans le cadre des différends opposant Etats et entreprises étrangères à propos de projets d'investissements justifie le souci de mettre tout en oeuvre pour restreindre au maximum la remise en cause des sentences prononcées, dans le respect des droits fondamentaux des parties.

¹¹³ Les deux affaires Kloeckner c. Cameroun et MINE c. Guinée soulèvent la question, intéressante mais délicate, de l'influence du droit - en particulier, celle de la jurisprudence et de la doctrine - d'une juridiction étrangère (telle que l'Angleterre ou la France) sur l'application et l'interprétation par les arbitres du droit applicable au fond. Les arbitres doivent, tout d'abord, définir l'étendue de la force obligatoire de la jurisprudence étrangère dans le droit applicable du pays concerné (qui est souvent une ancienne colonie), avant de pouvoir déterminer s'ils doivent se considérer comme strictement liés par les précédents du pays étranger. Voir David et Brierley, *Major Legal Systems of the World Today*, 2^{de} Edition, 1978, à la p. 122; Berger, supra, note 109, à la p. 122.

2) L'élargissement du grief de défaut de motifs.

Le motif d'annulation prévu par l'article 52(1)(b) de la Convention de Washington a été invoqué, et ce avec succès, dans les trois affaires ayant donné lieu à annulation. Il a été interprété par les Comités ad hoc d'une manière très libérale au point d'englober deux sous-catégories, à savoir la contradiction de motifs ainsi que l'obligation de répondre à tous les chefs de conclusion.

a) La contradiction de motifs.

Dans l'affaire *Kloeckner c. Cameroun*, le Comité ad hoc a décidé d'englober la contradiction de motifs dans la catégorie du défaut de motifs à la condition que ces motifs soient réellement contradictoires.¹¹⁴ Pour M. Gaillard, cette assimilation faite par le Comité est positive et ne donne pas lieu à critique particulière.¹¹⁵

Le Comité ad hoc, dans l'affaire *AMCO c. Indonésie*, a été également amené à examiner ce point à propos de l'imputation des montants investis par la société américaine P.T. AMCO dans le projet d'entreprise conjointe pour la construction et la gestion d'un hôtel en Indonésie.

Suite à un conflit survenu entre AMCO et la société indonésienne préoccupée par le partage des profits, cette dernière prit possession de l'hôtel avec l'aide des

¹¹⁴ Voir la décision, N° 116, supra, note 27.

¹¹⁵ Voir Gaillard, supra note 88, à la p.190.

forces armées locales. Ultérieurement, l'Indonésie décida de révoquer l'autorisation d'investissement donnée à AMCO, considérant que celle-ci n'avait pas respecté ses engagements d'investissement en capital, à savoir 3 millions de dollars US. Selon la méthode de calcul retenue par le tribunal arbitral, l'insuffisance de l'investissement était si mineure qu'elle ne justifiait ni la révocation de l'autorisation ni la prise de possession de l'hôtel, d'où l'attribution de dommages-intérêts à AMCO.

Le Comité ad hoc constitué à la suite du recours en annulation formé par l'Indonésie, considéra que le tribunal n'a pas justifié les raisons pour lesquelles il a inclus dans son calcul les fonds empruntés comme de l'investissement en capital, en contradiction avec l'application apparente des dispositions du droit indonésien sur les investissements reconnus comme tels. Cette contradiction a également été assimilée par ce deuxième Comité ad hoc à un défaut de motifs.¹¹⁶

Dans l'affaire MINE c. Guinée, le Comité ad hoc a formulé des considérations d'ordre général, "inter alia" sur le défaut de motifs:

*"Selon le Comité, l'exigence de motivation est satisfaite dès lors que la sentence permet de suivre comment le tribunal est passé du point A au point B jusqu'à la conclusion, même s'il a fait une erreur de fait ou de droit. Cette exigence minimale n'est pas satisfaite par des motifs contradictoires ou frivoles"*¹¹⁷.

¹¹⁶ Voir les N° 92 à 98 de la décision, supra, note 30.

¹¹⁷ Voir le N° 5.09 de la décision, supra, note 34; voir aussi l'approbation de Broches, supra, note 44, aux pp. 365-366. Il est intéressant de rappeler qu'il était membre dudit comité...

Il ressort clairement de cette affirmation que le Comité MINE rejoint la position du Comité Kloeckner en ce que des motifs contradictoires s'annulent réciproquement et doivent être traités comme un défaut de motifs.¹¹⁸ Plusieurs commentateurs ont émis de grandes réserves sur la subjectivité inhérente à l'appréciation de la contradiction alléguée entre des motifs, et le glissement subtil vers l'exercice de fonctions d'appel.¹¹⁹

En l'espèce, la Guinée invoquait "inter alia" au soutien de sa requête en annulation, le défaut de motifs résultant de la méthode de calcul des dommages-intérêts retenue par le tribunal pour évaluer le "lucrum cessans" subi par MINE du fait de la violation du contrat par la Guinée.

Le tribunal arbitral avait rejeté des théories avancées par MINE pour la détermination du gain manqué comme des modes d'estimation trop spéculatifs; il leur avait préféré une évaluation sur la base d'éléments plus concrets. Or, le Comité ne fut pas du même avis :

" le mode de calcul des dommages-intérêts pour le gain manqué de MINE retenu par le tribunal serait fondé sur l'idée implicite que le fait pour la Guinée de conserver le bénéfice de contrats [considérés comme illicites] par le tribunal s'analyserait en un enrichissement

¹¹⁸ Voir Niggeman, "Die dritte Annulierung eines ICSID-Schiedsspruches. Die Entscheidung in Sachen Mine v. Guinea." (1991) 2 IPRA 77, à la p. 82; et les commentaires approuvés de Gaillard, " CIRDI: Chronique des sentences arbitrales" (1991) 118 JDI 165, à la p. 172.

¹¹⁹ Voir, Sturzenegger, supra, note 39, aux pp. 192-193. Selon lui, il n'existe pas de raison logique pour affirmer que des motifs contradictoires justifient l'annulation, alors que des erreurs de droit ou de fait seraient indifférentes à la validité de la sentence. Il aboutit à la conclusion suivante: "*It is to be feared that [this ground] will serve as the thin end of the wedge to open ICSID awards up to review on their merits. In short, an appeal by any other name.*" (à la p. 197). Voir aussi, Caron, supra, note 25, à la p. 44, pour lequel la référence faite par le Comité ad hoc à des "motifs contradictoires ou frivoles" met l'accent sur la recherche, tantôt d'une incohérence manifeste dans les motifs, tantôt d'une erreur manifeste dans le contenu d'un motif en particulier. Les deux situations ne sont-elles pas caractéristiques de l'appel?

*sans cause".*¹²⁰

*"Après avoir jugé que les théories Y et Z ne pouvaient être utilisées en raison de leur caractère hypothétique, le tribunal ne pouvait pas, sans se contredire, adopter une "théorie des dommages-intérêts" contredisant la réalité et reposant sur des hypothèses que le tribunal a lui-même rejetées comme base de calcul des dommages-intérêts".*¹²¹

Ainsi, le Comité ad hoc a considéré que l'exigence d'une sentence motivée n'était pas satisfaite par des motifs contradictoires, conformément aux déclarations de principe énoncées à un stade préliminaire.

L'on est en droit de se demander si la décision de sanctionner la contradiction de motifs était vraiment nécessaire, eu égard à l'image déjà dégradée de l'arbitrage du CIRDI du fait des deux annulations antérieurement intervenues.

M. Gaillard, quant à lui, considère que du point de vue d'un juriste français, la sanction d'une contradiction de motifs est légitime.¹²²

En revanche, M. Niggeman reproche au Comité ad hoc de n'avoir pas respecté ses affirmations de "self-restraint". Tout d'abord, il aurait faussement attribué à l'argumentation du tribunal l'idée d'enrichissement sans cause, que celui-ci n'a pas exprimé et qui ne découle pas directement de la motivation du tribunal. En outre, l'évaluation du "lucrum cessans" est une entreprise délicate dans les systèmes juridiques nationaux (lorsque la réparation du gain manqué est

¹²⁰ Voir le N° 6.106 de la décision d'annulation MINE c. Guinée, supra, note 34.

¹²¹ Ibid., N° 6.107.

¹²² Voir Gaillard, supra, note 118, à la p.172; voir aussi, l'arrêt de principe de la Cour de cassation, selon lequel des motifs contradictoires peuvent être considérés comme équivalents à une absence de motif: Cass.civ.I, 11 déc. 1979, (1982) Rev.Arb. 419 (note Robert, à la p.405). Si nous ne sommes pas opposés au principe de l'inclusion de la contradiction de motifs dans la catégorie des défauts de motifs, en revanche, l'application de ce principe révèle les dangers d'un examen approfondi des motifs dans certaines circonstances.

admise)¹²³ et il semble excessif de faire grief aux arbitres d'avoir employé des critères empiriques d'estimation.

Cela est d'autant plus vrai, en l'espèce, pour les raisons suivantes: premièrement, les arbitres disposaient de peu d'informations du fait des incertitudes de la situation initiale, et deuxièmement, si l'on se réfère au droit français, à la base du droit guinéen, les juges du fond disposent d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation des dommages-intérêts, particulièrement en matière de "lucrum cessans."¹²⁴

Pourquoi ne pas reconnaître cette même liberté d'appréciation aux arbitres, dont la fonction est par essence d'aboutir à une solution de compromis acceptable pour les deux parties? A partir du moment où le Comité ad hoc ne remettait pas en cause le principe d'une réparation du "lucrum cessans", il aurait dû refuser de contrôler le calcul effectué par le tribunal arbitral.

Par conséquent, il nous semble que le constat de motifs contradictoires est susceptible d'entraîner une appréciation très subjective du raisonnement du tribunal arbitral, dès lors que ce dernier est amené à statuer non sur la base de données de fait objectives (par exemple, un préjudice d'ordre matériel relativement facile à estimer), mais d'hypothèses commerciales ou économiques basées sur des théories financières complexes et concurrentes, laissant donc place à une grande subjectivité de la part des arbitres dans le choix

¹²³ Les différentes juridictions nationales sont, en effet, très divisées sur le point de savoir si un préjudice financier consistant en un "lucrum cessans" peut être pris en considération, en l'absence de préjudice matériel.

¹²⁴ Voir Niggeman, supra, note 118, à la p.83. Voir, en ce sens, l'article 1149 du Code civil, qui fait l'objet d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation: "*Les juges ont un pouvoir souverain pour évaluer et régler le montant des dommages-intérêts dûs en vertu de l'article 1149*". Voir

Civ. 24 octobre 1893, D.P. 1894.1.14.

de l'une ou de l'autre.

b) L'obligation de réponse à tous les chefs de conclusions.

L'article 48(3) de la Convention de Washington dispose que "*la sentence doit répondre à tous les chefs de conclusion soumises au tribunal et doit être motivée*". A l'évidence, l'article 52(1)(e) de ladite Convention a une portée plus restrictive, puisque seule l'obligation de motiver prescrite aux arbitres par l'article 48(3), est sanctionnée expressément par la Convention.¹²⁵

Toutefois, la question s'est posée de savoir si les motifs devaient être interprétés comme englobant tout argument invoqué par les parties devant le tribunal, ou au contraire, seulement ceux que le tribunal a considéré comme nécessaires à la détermination des chefs de conclusions.

Le Comité ad hoc Kloeckner c. Cameroun estima que le tribunal arbitral n'avait pas répondu à tous les arguments soulevés par Kloeckner, en particulier ceux relatifs aux stipulations contractuelles concernant les questions de garanties, de limitation de responsabilité et de défauts cachés.¹²⁶ Alors que le Comité reconnaissait antérieurement dans ses développements que les arbitres ne sont pas tenus de répondre à tous les arguments des parties¹²⁷, il fut de l'avis que les

¹²⁵ La similitude de terminologie entre l'article 52(1)(e) et l'article 48(3) a été soulignée par les trois décisions publiées des Comité ad hoc: N°114 de la décision Kloeckner, supra, note 27; N° 38 de la décision Amco, supra, note 30; N° 5.07 de la décision MINE, supra, note 34.

¹²⁶ Voir le N° 142 de la décision, ibid.

¹²⁷ Ibid., N° 131.

arguments ci-dessus visés avaient valeur de chefs de conclusions que le tribunal arbitral était tenu d'examiner sous peine de nullité.

Par cette pirouette, le Comité a choisi de considérer l'obligation de répondre à tous les chefs de conclusion comme une variante du défaut de motifs, donc de sanctionner l'intégralité des prescriptions de l'article 48(3) par l'article 52(1)(e).¹²⁸

En outre, le Comité Kloeckner est même parvenu à admettre que le tribunal arbitral doit également répondre aux arguments pouvant avoir valeur de conclusions, qui n'ont été soulevés qu'oralement :

*"Given the relative ambiguity of the term "questions" (conclusions), it should first be noted that these may be formulated separately, at the end of an application or memorial, or constitute part of an argument"*¹²⁹.

Cette conception extensive du défaut de motifs a été critiquée à l'unanimité par les commentateurs.¹³⁰ Tout d'abord, certains ont pertinemment fait remarquer que, dans l'hypothèse d'une omission de répondre à un chef de conclusion soumise par l'une des parties, un recours spécifique est fourni par la Convention; en effet, l'article 49(2) permet à la partie lésée de demander rectification d'une telle omission dans les 45 jours suivant le prononcé de la sentence.¹³¹ En outre,

¹²⁸ Ibid. N° 137. Le comité ad hoc a même prôné une interprétation de l'article 52 par rapport au contexte de la Convention, sur la base de laquelle il a affirmé la nécessité de sanctionner la violation d'autres articles de la Convention. Voir les N° 58 et 62 de la décision. Ainsi, de simples prescriptions de la Convention se sont retrouvées exagérément dotées d'une épée de Damoclès.

¹²⁹ Ibid., N° 131.

¹³⁰ Toope, supra, note 4, à la p.258; Redfern, supra, note 48, aux pp. 109-110 ; Feldman, ibid., aux pp. 93 et 105-106 ; Reisman, supra, note 1, à la p. 763; Pirrwitz, supra, note 53, aux pp.111-112 ; Craig, ibid., à la p. 211; Delaume, supra, note 5, aux pp. 31-32.

¹³¹ Le Comité ad hoc Amco , quant à lui, a considéré que la disposition de l'article 49(2) ne constituait un recours qu'à propos d'omissions involontaires de statuer sur certains

M. Feldman s'appuie sur les travaux préparatoires de la Convention, dont il ressort que les gouvernements ayant participé à l'élaboration de celle-ci avaient rejeté cette conception large. Ainsi, la Commission Juridique chargée de participer à la rédaction finale du texte de la Convention décida que :

*"the arbitrators should be required to rule on every issue presented...The meeting then voted on the question whether a failure to comply with this duty would give the parties the right to seek annulment and the motion was defeated by 8 to 6... A majority of 32 to none then indicated that the remedy should be in the nature of a supplemented review which was not identical with the revision of the award..."*¹³².

Ensuite, cette conception extensive retenue par le tribunal semble excessive en comparaison de l'approche retenue par les droits nationaux. M. Redfern fournit l'exemple de l'attitude pragmatique des tribunaux anglais¹³³ :

*"it seems to me plain that under the new [Arbitration] Act [of 1979], awards of arbitral tribunals should not be scrutinized with an over-critical or pedantic eye, and the Court should not insist that every factual 't' is crossed and every argumentative 'i' is dotted"*¹³⁴.

La position adoptée par le Comité ad hoc Kloeckner semble, en revanche, dangereuse dans la mesure où l'omission de répondre à un argument donné

chefs de conclusions; a contrario, un refus ou une omission concernant un chef de conclusion important devrait être sanctionné sur la base de l'article 52(1)(e). Voir les N° 32-35, supra, note 30.

¹³² Voir ICSID, 2 History of the Convention ... (1970) Part 2, à la p. 849. A cet égard, M. Broches rappelle utilement que le projet initial, qui allait devenir l'article 48(3), ne contenait que l'exigence d'une sentence motivée. L'obligation de répondre à tous les chefs de conclusions a été ajoutée tardivement à la suite d'une décision prise par cette Commission juridique. Voir Broches, supra, note 9, à la p.682.

¹³³ Voir, supra, note 130, ibid.

¹³⁴ *Rayner v. Shaher Trading* (1982) Llyod's Law Rep. vol. 1 , 632.

(considéré comme sans intérêt par le tribunal) peut se révéler fatale à la validité de la sentence si un Comité ad hoc en décide autrement.

Ainsi que le fait remarquer M. Pirrwitz, "*a recalcitrant party could jeopardize the whole procedure by submitting a plethora of arcane legal arguments and insisting that the tribunal answer every last one*"¹³⁵. Cette obligation de répondre à tous les arguments, sous peine de sanction, ne peut qu'inciter les tribunaux arbitraux à motiver davantage les raisons pour lesquelles ils ont pris en compte tel argument et rejeté tel autre. Or, il est difficilement contestable que l'allongement de la motivation des sentences est un facteur d'accroissement des erreurs potentielles de la part des arbitres, par conséquent des risques de contestation et d'annulation des sentences.

MM. Craig et Redfern rappellent, en outre, que l'inspiration continentale de la procédure, centrée autour des mémoires et contre-mémoires, ne facilite pas l'identification des chefs de conclusions par les arbitres.¹³⁶ La tâche de ces

¹³⁵ Voir, supra, note 130, ibid.

¹³⁶ M. Paulsson a rappelé que la procédure d'arbitrage du CIRDI a été rédigée dans l'intention d'emprunter les meilleures caractéristiques des traditions juridiques de la Common Law et du droit continental, d'où une procédure en deux étapes. Tout d'abord, il existe un échange de mémoires, accompagnés des pièces justificatives, qui est conforme au système de droit civil. Ensuite, interviennent les auditions qui font intervenir des experts et des témoins qui peuvent être interrogés directement par les conseils des parties: cette phase est manifestement reprise du modèle de la Common Law. Il conclut par ces termes: "*ICSID's approach has shown that it is possible to combine the essence of the two systems and achieve ... a laudably practical equipoise between the economy of the civil law systems and the thoroughness of the common law approach. In fact, the ICSID synthesis has directly inspired the 1985 LCIA Rules and, perhaps to a lesser extent, the 1976 UNCITRAL Arbitration Rules.*" Paulsson, supra, note 3, aux pp. 396-397.

Voir aussi, de façon plus générale, *L'administration de la preuve dans les procédures arbitrales internationales*, Dossiers de l'Institut du Droit et des Pratiques des affaires internationales, Paris, Publication CCI N° 440\8, 1990, et surtout, l'article de De Boissezon, "Introduction comparative aux systèmes d'administration des preuves dans les pays de common law et les pays de tradition romaniste", à la p. 87 et s. Une référence implicite est faite, en conclusion, au Règlement d'arbitrage du CIRDI sur la combinaison des systèmes juridiques.

derniers est d'autant plus alourdie par l'obligation ajoutée par le Comité ad hoc de prendre également en considération, des chefs de conclusions qui ne seraient soumises qu'au seul stade oral de la procédure.¹³⁷

Dans l'affaire MINE c. Guinée, le Comité ad hoc semble apparemment avoir préféré une interprétation plus orthodoxe des dispositions de la Convention

:

"L'article 48(3)... dispose: "la sentence doit répondre à tous les chefs de conclusion soumises au tribunal et doit être motivée." Un manquement à cette dernière obligation est une cause expresse d'annulation aux termes de l'article 52(1)(e). Un manquement à la première n'est pas une cause d'annulation..."¹³⁸

"Le Comité a recherché si l'article 49(2) constitue la seule sanction de l'inexécution de l'obligation de répondre à tous les chefs de conclusion. Il est parvenu à la conclusion que l'article 49(2) constitue une sanction satisfaisante dans l'hypothèse d'un tribunal qui n'a pas exercé pleinement sa compétence."¹³⁹

A la lecture de ces déclarations préliminaires, il semble à première vue que les critiques nombreuses adressées à l'encontre de l'interprétation adoptée par le Comité Kloeckner aient porté leurs fruits en faveur d'un retour à une conception plus restrictive des motifs d'annulation.¹⁴⁰ D'ailleurs, M. Gaillard s'est félicité de

¹³⁷ Voir, supra, note 130.

¹³⁸ Voir le N° 5.07 de la décision, supra, note 34; et les commentaires de Paulsson, supra, note 3, aux pp. 389-390.

¹³⁹ Voir le N° 5.12, ibid.

¹⁴⁰ Voir Broches, supra, note 44, à la p. 364: "Any danger done to the reputation of the ICSID system would be due to the Committee's authoritarian doctrinal pronouncements rather than by their specific application to the Kloeckner I award...the specific obiter conclusions of the Committee could also have been reached on the basis of a less exorbitant conception of Article 52(1)(e)."

la précision apportée par le Comité ad hoc MINE sur l'impossibilité pour une partie d'invoquer l'omission de statuer sur toute question afin d'obtenir l'annulation de la sentence.¹⁴¹

Cependant, le changement de position apparemment effectué par ledit Comité a une portée essentiellement symbolique en ce que les déclarations de principe sont réduites à néant par les développements suivants de ce dernier; il admet l'annulation de la sentence sur le fondement du défaut de motifs à deux conditions: d'une part lorsque le tribunal ne s'est pas prononcé sur un moyen avancé par une partie sans s'expliquer sur les motifs du non-examen ou du rejet dudit moyen, et d'autre part, que le Comité estime que la question était essentielle à la solution du litige.

Il nous semble que ces déclarations de principe présentent un inconvénient majeur, à savoir que les arbitres seront pratiquement tenus à la fois de rejeter expressément tout argument, allégué par une partie mais qui n'est pas pris en considération par le tribunal, et de donner clairement les raisons pour lesquelles tel argument n'est pas examiné ou est rejeté. En effet, le risque d'encourir les foudres d'un Comité ad hoc pour omission de statuer sur un argument jugé important par ce dernier, est loin d'être négligeable.

En l'espèce, s'agissant du grief relatif à la partie de la sentence afférente aux dommages-intérêts dûs à la société MINE, le Comité a malheureusement usé de sa marge d'appréciation en faveur de l'annulation de la sentence pour défaut de motifs. A l'instar de la décision Kloeckner, le Comité a reconnu que l'omission de statuer sur les clauses contractuelles limitatives de responsabilité représentait un manquement grave de la sentence.¹⁴²

¹⁴¹ Voir Gaillard, supra, note 118, à la p.172.

¹⁴² Voir le N° 6.99 de la décision, ibid.: " *Le tribunal a omis de traiter les questions soulevées par la Guinée alors que la réponse à ces questions aurait pu modifier la conclusion du tribunal. Le défaut de réponse à ces questions constitue un manquement à*

C'est pourquoi plusieurs commentateurs ont critiqué la conformité des conclusions des première et troisième décisions d'annulation, quant à l'incorporation de l'article 48(3) dans le cadre de l'article 52(1)(e) de la Convention de Washington. Ils ont souligné, à cet égard, la dérive de la procédure du recours en annulation vers une procédure d'appel, et dénoncé les dangers d'un tel contrôle au fond pour l'avenir de l'arbitrage du CIRDI.¹⁴³

Aussi, convient-il d'examiner maintenant ces "liaisons dangereuses" qu'entretiennent les Comités ad hoc avec les fonctions de véritables juges d'appel.

l'obligation de motiver la sentence"

¹⁴³ Voir: Niggeman, supra, note 118, à la p.82; Sturzenegger, supra, note 39, aux pp. 189-192.

CHAPITRE II) La dérive du contrôle vers une instance d'appel.

Les deux premières annulations ont suscité la critique unanime des commentateurs lesquels ont dénoncé l'évolution vers un système dans lequel les Comités ad hoc s'arrogent les pouvoirs d'une juridiction d'appel.

M. Kahn a ainsi fait l'observation suivante: "*les parties transforment un recours en annulation exercé à titre exceptionnel en instance d'appel permanente*".¹⁴⁴

Mais que faut-il entendre précisément par mécanisme d'annulation par opposition à l'appel ? La distinction semble évidente pour beaucoup d'auteurs, mais rares sont ceux qui se hasardent à formuler des critères permettant d'appréhender le "noyau dur" de chacun de ces mécanismes. Il nous paraît donc indispensable d'esquisser une telle distinction, avant de pouvoir porter une analyse critique sur la manière dont les Comités ad hoc ont perçu leurs fonctions. D'une part, par une interprétation large de l'article 52 de la Convention, les Comités ad hoc ont *de facto* procédé à une révision au fond des sentences et d'autre part, ils se sont attachés à développer une interprétation autoritaire de la Convention à l'égard des tribunaux arbitraux chargés de rejurer l'affaire.

¹⁴⁴ Kahn, *supra*, note 86, aux pp.377-378.

A) La distinction des mécanismes d'annulation et d'appel.

Les rares réflexions, qui aient été menées récemment au sujet des procédures de révision des sentences arbitrales internationales- surtout, celles du CIRDI- émanent principalement des Professeurs Reisman et Caron.

M. Reisman distingue les fonctions remplies par un système d'appel et celles d'un système de contrôle. Alors que les fonctions d'un système d'appel porteraient sur la pertinence de la décision aux yeux des parties, les fonctions du contrôle concerneraient le respect d'un certain nombre de conditions considérées comme nécessaires par la communauté à l'efficacité du processus de décision lui-même. S'il arrive que les critères et les conclusions des mécanismes d'appel et de contrôle soient similaires, M. Reisman estime que les considérations, considérées comme majeures par un système d'appel, sont, dans la plupart des cas, indifférentes aux préoccupations d'un système de contrôle.¹⁴⁵

Quant à M. Caron, il estime qu'il existe deux différences essentielles à la base de la distinction entre la procédure d'annulation et celle de l'appel. La première serait relative au résultat de la procédure. Tandis que la décision faisant l'objet d'un appel peut être modifiée ou confirmée, la décision faisant l'objet d'un recours en annulation peut être invalidée, en totalité ou en partie, ou encore laissée intacte. En d'autres termes, la procédure d'annulation peut invalider, alors que la procédure d'appel peut infirmer.¹⁴⁶ En cas d'annulation totale ou partielle d'une sentence, les parties se trouvent ramenées au point de

¹⁴⁵ Voir Reisman, *supra*, note 1, à la p. 748.

¹⁴⁶ Caron, *supra*, note 25, aux pp. 23-24.

départ, soit pour la totalité de leur différend, soit pour la partie invalidée de la sentence. Alors que M. Reisman considère que la partie restée intacte est tacitement confirmée quant à sa pertinence par la juridiction de contrôle,¹⁴⁷ M. Caron fait remarquer que le fait de ne pas annuler une partie de la sentence, n'implique pas pour autant un accord avec la sentence. Nous partageons ce point de vue à propos de l'arbitrage du CIRDI, dans lequel les Comités ad hoc ne partageaient pas, à plusieurs occasions, les analyses ou les conclusions des arbitres, mais se refusaient à les sanctionner.¹⁴⁸

La deuxième différence, effectuée par le même auteur, concerne les éléments de la décision qui sont sujet à révision. Tandis que l'appel porte à la fois sur la légitimité du processus décisionnel et sur la pertinence au fond de la décision (est-ce que la détermination des faits et l'application des règles de droit à ces derniers sont suffisamment correctes?), la procédure d'annulation s'attache, dans le cadre de l'arbitrage, à la question plus restrictive de savoir si la décision résulte d'un processus de décision légitime. En effet, les parties tombent d'un commun accord sur le fait qu'une sentence, prononcée à la suite d'un différend surgissant entre eux, aura un caractère définitif.¹⁴⁹ En revanche, les parties gardent la faculté de contester la légitimité du processus décisionnel, ce qui regroupe la compétence des arbitres, un vice dans la constitution du tribunal, ou la corruption d'un de ses membres, ou encore le respect de principes procéduraux fondamentaux, tels que le respect du contradictoire.

¹⁴⁷ Reisman, supra, note 1, à la p. 793.

¹⁴⁸ Voir, par exemple, la question discutée de la compétence du CIRDI dans l'affaire Kloeckner, supra, Chapitre I) B) 1) a).

¹⁴⁹ Caron, supra, note 25, à la p. 25 : "*regardless of whether there are errors of application of law or ascertainment of fact, the parties agree that the award will be regarded as substantively correct. Yet, ... parties may still challenge the legitimacy of the decision-making process leading to the award.*" Voir aussi, Paulsson, supra, note 3, à la p. 388: "*...most legal systems will not force the parties to relitigate the case on the merits...the substantive correctness of the award will not be reviewed*".

Toutefois, cette deuxième distinction peut être relativisée en fonction du régime spécifique tel qu'il est défini par les parties ou des conventions internationales. C'est justement le cas de la Convention de Washington, où le grief d'annulation pour "défaut de motifs" implique un examen de la substance de la sentence.¹⁵⁰ L'article 52 traduirait donc un mélange subtil des catégories de l'appel et de l'annulation.¹⁵¹

Les grandes différences établies par le Professeur Caron, à propos de l'annulation et de l'appel, sont corroborées par les remarques de l'"artisan" de la Convention de Washington, c'est-à-dire M. Broches lui-même. Ce dernier souligne le contraste existant entre l'appel et le mécanisme d'annulation prévu par la Convention:

*"annulment...is based on procedural errors in the decisional process...It does not involve a review of the merits of the award and the possibility of its reformation. It will either leave the award intact or put a definitive end to its binding force".*¹⁵²

*"An ad hoc Committee constituted to rule on a request for annulment may not substitute its view for that of the Tribunal as if it were an appellate and hierarchically superior body, which it is not."*¹⁵³

Après ces quelques réflexions conceptuelles, nous pouvons maintenant aborder la question de la révision excessive par les Comités ad hoc de la pertinence des sentences.

¹⁵⁰ Caron, *ibid.*

¹⁵¹ Contra, Paulsson, *supra*, note 3, à la p. 388. Pour ce praticien réputé de l'arbitrage international, chacun des motifs visés par l'article 52 doit être entendu comme se rattachant à la bonne foi du processus arbitral, c'est-à-dire à la question de savoir si le tribunal a agi dans le cadre de ses compétences et a respecté les procédures appropriées.

¹⁵² *Supra*, note 44, à la p.324.

¹⁵³ Broches, *supra*, note 9, à la p. 689.

B) Un contrôle au fond des sentences, caractéristique des fonctions d'appel.

La tendance incontrôlable des Comités ad hoc à vérifier au fond les sentences se manifeste de façon frappante, qu'il s'agisse du contrôle rigoureux de l'application du droit applicable par les arbitres, ou encore de l'examen de l'exactitude de la motivation des sentences.

1) Un contrôle approfondi du droit applicable.

Dans l'arbitrage commercial international, la doctrine dominante considère que les tribunaux nationaux sont dépourvus du pouvoir d'apprécier l'application et l'interprétation par les arbitres du droit applicable, y compris l'interprétation des stipulations contractuelles et l'évaluation des faits. Cette restriction des pouvoirs des tribunaux, quant à la révision des sentences arbitrales internationales, apparaît comme le résultat du principe de l'irrévocabilité desdites sentences, ainsi que nous l'avions vu dans le Chapitre I.¹⁵⁴

Par contre, un courant doctrinal minoritaire prône un examen détaillé du droit applicable, afin de déterminer si la décision de l'arbitre n'a pas abouti à une perversion dans l'application ou l'interprétation du droit, étant donné l'absence de fondements objectifs, rationnels ou justifiables à la solution retenue. La révision

¹⁵⁴ M. Berger souligne, à cet égard, la différence avec les règles ordinaires de la procédure civile concernant l'appel, qui impliquent, en général, le contrôle de l'application du droit substantiel par les tribunaux inférieurs. Voir les développements de Berger et les nombreuses références, supra, note 109, à la p. 16 et s.

au fond nous paraît alors manifeste. 155

Par conséquent, les débats sur le degré de contrôle des sentences arbitrales, qui doit être reconnu aux tribunaux nationaux, suscitent toujours de vives polémiques chez les théoriciens, comme les praticiens. 156

Quelle position fut adoptée par les instances de contrôle dans le cadre de l'arbitrage du CIRDI, en comparaison de l'arbitrage commercial international? Les deux premiers Comités ad hoc avaient formulé des déclarations préliminaires claires, aux termes desquels ils affirmaient qu'ils ne constituaient pas des instances d'appel, étant donné la nature du recours en annulation institué par l'article 52 de la convention. 157

Or, il résulte de la lecture des décisions d'annulation qu'ils ne se sont pas contentés d'examiner si les arbitres avaient bien identifié le droit applicable mais sont allés bien au-delà de la nécessité d'un contrôle minimum de celui-ci.

Alors que l'exigence d'un excès manifeste de pouvoir avait été précisée par la Convention, le Comité Kloeckner a considéré qu'un défaut d'application du droit

155 Ibid., à la p. 17.

156 Voir, à titre d'illustration, une polémique récente:

Wallace, "Control by the Courts: A plea for More, not Less"(1990) 6 Arb. Int'l 253, à la p. 258 : " *The desire for a correct decision greatly outweighs any wish for speed and premature finality.*" Il est représentatif de ce courant favorable à un droit des parties à la révision du fond de la sentence, qu'il s'agisse des questions de droit ou de l'interprétation du contrat.

Contra: Mayer, "Seeking the Middle Ground of Court Control: A Reply to Duncan Wallace"(1991) 7 Arb. Int'l 311. Il rétorque que le fait de procéder à une révision au fond de la sentence reviendrait à transformer la cour assumant des fonctions de contrôle en une juridiction d'appel; selon lui, une telle transformation bouleverserait le contenu même du concept du processus arbitral.

157 Voir le N° 3 de la décision Kloeckner, supra, note 27 : "*le recours prévu par l'article 52 (...) ne revêt nullement l'aspect d' un appel contre les sentences arbitrales. Cette disposition accorde une faculté, celle de demander l'annulation de la sentence rendue en invoquant l'un ou plusieurs des motifs énumérés...*" ; ainsi que le N° 23 de la décision AMCO, supra, note 30 : "*... une pareille recherche serait la tâche d'une cour d'appel, ce que n'est pas le Comité ad hoc.*"

applicable prescrit par l'article 42 constituait une violation de l'article 52, cause d'annulation de la sentence. Cette interprétation retenue par le Comité Kloeckner en omettant de constater l'existence effective d'un excès de pouvoir manifeste, a ouvert la voie vers des annulations fondées sur une application erronée du droit applicable; en effet, d'après le Comité Kloeckner, "*any laxity in application of the law would seriously jeopardize the system established by the ICSID Convention*".¹⁵⁸ Sur le fondement de cette affirmation, le Comité ad hoc a voulu vérifier à quel point le tribunal arbitral avait effectivement fait application du droit correctement désigné. Or, cette diligence excessive va à l'encontre de l'esprit des rédacteurs de la Convention.¹⁵⁹ Ainsi, il ressort des travaux préparatoires qu'une proposition d'inclure en tant que motif d'annulation "*une application manifestement erronée du droit applicable*" avait été rejetée¹⁶⁰.

Le problème résulte du fait que la conclusion du Comité Kloeckner, à savoir que la violation de l'article 42(1) implique le caractère manifeste de l'excès de pouvoir, a été adoptée par les Comités suivants dans les affaires AMCO c. Indonésie et MINE c. Guinée : aucune des trois décisions ne prend la peine de vérifier le caractère manifeste requis par la Convention, ainsi que l'ont souligné plusieurs auteurs.¹⁶¹ Il eût donc été préférable que les Comités aient développé une réflexion préalable sur la signification à adopter du mot "manifeste".

L'affaire AMCO c. Indonésie illustre de façon regrettable le "dérapage" des fonctions de contrôle des Comités ad hoc ; en l'espèce, le Comité s'est attribué le

¹⁵⁸ Voir le N° 62 de la décision du Comité ad hoc KLoeckner, supra, note 27.

¹⁵⁹ Voir Pirrwitz, supra, note 53, à la p. 105; Niggeman, supra, note 118, à la p.81.

¹⁶⁰ Voir 2 ICSID Drafting History, doc. 102, aux pp. 853-854; et Broches, supra, note 44, à la p. 340.

¹⁶¹ Voir, Niggeman, supra, note 118, à la p. 81; Caron, supra, note 25, à la p. 39.

pouvoir d'apprécier le bien-fondé de l'application du droit applicable, telle qu'elle a été effectuée par le tribunal arbitral. Celui-là n'a pas respecté la distinction qu'il avait antérieurement tracée entre la non-application du droit applicable et l'"error in iudicando".

Alors que le tribunal arbitral avait bien identifié le droit indonésien comme le droit applicable et avait effectivement appliqué celui-ci, non pas par renvoi à des principes généraux, mais par des références précises à la *Loi sur l'Investissement*

Étranger, le Comité releva que :

*"only investments recognized and definitely registered as such by the competent Indonesian authority are investments within the meaning of the Foreign Investment Law"*¹⁶².

*Amco's investment of foreign capital duly and definitely registered...amounted to only US \$983,992... The tribunal in determining that the investment of Amco had reached the sum of US \$2,472,490 clearly failed to apply the relevant provisions of Indonesian law"*¹⁶³.

En fait, ce que le Comité entend ici par la non-application du droit applicable englobe l'application incorrecte ou encore incomplète de celui-ci. Aux yeux de ce Comité, une simple erreur de droit est donc susceptible d'être sanctionnée comme un excès de pouvoir manifeste du tribunal, d'où la sévérité de beaucoup de commentateurs.¹⁶⁴

M. Craig fait une observation critique à cet égard: "*An unquestioned axiomatic proposition of international arbitration has been that factual and legal errors*

¹⁶² Voir le N° 93 de la décision d'annulation, supra, note 30.

¹⁶³ Ibid., N° 98. Il est évident que le comité ad hoc ne voulait pas admettre l'interprétation, retenue par le tribunal arbitral, du contenu du droit indonésien.

¹⁶⁴ Voir les critiques nombreuses de Toope, supra, note 4, à la p. 259; Feldman, supra, note 48, aux p. 96 et 103; Pirrwitz, supra, note 53, aux p. 108-109; Gaillard, supra, note 88, à la p. 189; Craig, supra, note 53, aux p. 212-213; Ouakrat, supra, note 53, à la p. 308; Paulsson, supra, note 3, à la p. 389; Rambaud, supra, note 82, aux p. 269-270; Berger, supra, note 109, à la p. 16 et s..

*made by the tribunal are not subject to review".*¹⁶⁵

Aussi, tant que les arbitres agissent dans le cadre de leur compétence et dans le respect de la procédure fixée par l'accord des parties, nous semble-t-il que de simples erreurs ne devraient pas pouvoir être remises en cause.¹⁶⁶

D'ailleurs, le second tribunal constitué dans l'affaire Amco, à la suite de la décision d'annulation, a pris ses distances par rapport au Comité ad hoc en faisant remarquer, que ce dernier s'était comporté comme une cour d'appel, et cela à plusieurs reprises.¹⁶⁷

Il paraît également intéressant d'effectuer une comparaison entre le contrôle étendu de l'application du droit applicable dans le cadre du CIRDI, et le contrôle judiciaire restrictif, tel qu'il est prévu par les droits nationaux en matière d'arbitrage commercial international.

Ainsi, en droit français, les articles 1502 et 1504 du Nouveau Code de Procédure Civile fixent les conditions du contrôle de la décision d'exequatur (dans l'hypothèse d'un appel) ou de la sentence arbitrale rendue en France (dans l'hypothèse d'un recours en annulation).

Le Professeur Loquin a dressé récemment un bilan de l'application des nouveaux cas de recours prévus par le NCPC:

"La jurisprudence a toujours fermement refusé de se livrer à toute révision au fond de la sentence sous le couvert du contrôle du respect par l'arbitre de sa

¹⁶⁵ Ibid., supra, note 163. Nous avons vu ci-dessus que cette affirmation n'est pourtant pas partagée par tous.

¹⁶⁶ Plusieurs commentateurs ont exprimé leurs craintes, quant au développement d'une jurisprudence arbitrale favorable à un contrôle étendu du droit applicable. Voir, par exemple, Berger, supra, note 109, à la p. 18: *"The Committee established a dangerous line of precedents in that it entered into a detailed examination of the arbitrators' application of the substantive law to determine an error in judicando, thus equating the non-application with the misapplication of the law"*.

¹⁶⁷ Voir les N° 88 et 94 de la décision préliminaire sur la compétence, (1988) 3 ICSID Rev.-FILJ 166.

mission...L'erreur de droit, fût-elle flagrante, n'a jamais été confondue par la jurisprudence avec [...] l'obligation d'appliquer telle loi.."¹⁶⁸

Ainsi, la dénaturation par l'arbitre "par erreur matérielle, erreur d'interprétation de la convention des parties, d'un acte ou d'un texte légal" ne peut être contrôlée dans le cadre de l'article 1502-3 du N.C.P.C. relatif à l'excès de pouvoir.¹⁶⁹ A la différence de l'arbitrage du CIRDI, un simple mal jugé ne permet pas de remettre en cause la sentence arbitrale rendue en matière internationale.

Il est, par conséquent, improbable que les sentences rendues dans les affaires Kloeckner et Amco eussent pu faire l'objet d'une annulation en France.

En droit américain, l'*Arbitration Act* prévoit qu'une sentence peut être remise en cause en cas d'excès de pouvoir.¹⁷⁰ Si les arbitres doivent résoudre les différends conformément au droit, une sentence ne peut pas pour autant être annulée sur la base d'une erreur d'interprétation d'une loi ou d'un contrat:

*"To vacate an arbitration award for manifest disregard of law, there must be something beyond and different from a mere error in the law or failure on the part of the arbitrators to understand or apply..."*¹⁷¹

¹⁶⁸ Loquin, supra, note 99, à la p. 337. Il est fait état d'une multitude de recours en annulation, visant à faire constater par les juges une erreur de droit au prétexte que les arbitres n'ont pas statué conformément à leur mission. Mais les juridictions françaises considèrent que le grief invoqué d'une erreur manifeste de droit ou de fait ne rentre pas dans le cas d'annulation pour non-respect de la mission arbitrale, car cela toucherait au fond du litige.

¹⁶⁹ Voir Berranger, supra, note 48, aux pp. 113-114; Thieffry, "L'exécution des sentences arbitrales- Eléments de droit comparé." (1983) *Revue de l'arbitrage* 428, à la p.440.

¹⁷⁰ Voir 9. U.S.C. sec. 10 (1947).

¹⁷¹ Voir: *Sidarma Societa Italiana di Armamento SPA v. Holt Marine Indus.*, 515 F.Supp. 1308-09 (S.D.N.Y.1981); ainsi que *Northrop Corp. v. Triad Financial Establishment*, 811 F.2d 1265, 1269 (9th Cir. 1987) ("*the arbitrators' conclusions on legal issues are entitled to deference.*").

C'est pourquoi plusieurs commentateurs considèrent que les mêmes sentences n'auraient probablement pas été annulées non plus par une cour américaine sur le fondement de ces motifs.¹⁷²

En revanche, le Comité ad hoc MINE c. Guinée semble avoir été sensible aux critiques formulées à propos du contrôle approfondi du droit appliqué par les arbitres; la présence de M. Broches, qui fut le premier secrétaire général du CIRDI, parmi les membres du Comité ad hoc, n'a sans doute pas été indifférente à l'élaboration et au contenu des déclarations préliminaires sur les pouvoirs et devoirs des Comités ad hoc :

"L'annulation n'est pas une action destinée à sanctionner un mal jugé. En conséquence, un Comité ad hoc ne peut infirmer une sentence au fond sous couleur d'appliquer l'article 52".¹⁷³

"Selon [le Comité], l'article 52(1) doit être interprété selon son objet et son but, ce qui exclut...l'extension de l'action à un appel au fond..."¹⁷⁴

"...l'article 52(1)(b) ne prévoit pas la sanction de tout excès de pouvoir mais exige que l'excès de pouvoir soit manifeste, ce qui limite nécessairement l'appréciation d'un Comité ad hoc sur le point de savoir si le tribunal a excédé ses pouvoirs".¹⁷⁵

Ces affirmations nous semblent révélatrices d'une volonté de s'inscrire en porte-à-faux des solutions adoptées par les Comités antérieurs, et de se conformer plus

¹⁷² Voir Feldman, supra, note 48, aux pp. 103-104; ainsi que Reisman, supra, note 1, à la p. 767.

¹⁷³ Voir le N° 4.04, supra, note 34.

¹⁷⁴ N° 4.05, ibid.

¹⁷⁵ N° 4.06, ibid.

respectueusement à l'esprit de la Convention. C'est la raison pour laquelle le Comité dans l'affaire MINE c. Guinée a refusé de contrôler la pertinence de l'application faite par les arbitres du droit indonésien, même si les références étaient inexactes. Ce "changement de cap" en faveur du principe de l'irrévocabilité des sentences, mérite, à notre avis, d'être encouragé sans réserve.

2) L'exigence d'une motivation adéquate.

Le Comité ad hoc Kloeckner ne s'est pas contenté d'étendre le défaut de motif à la contradiction de motifs ou à l'obligation de répondre aux chefs de conclusion; selon son point de vue, l'article 52(1) exige des motifs dotés d'une certaine substance, afin que le lecteur puisse suivre le raisonnement du tribunal arbitral sur des points de fait et de droit¹⁷⁶:

*"A middle and reasonable path is to be satisfied with reasons that are "sufficiently relevant", that is, reasonably capable of justifying the result reached by the tribunal...or in other words...reasonably sustainable and capable of providing a basis for the decision".*¹⁷⁷

Cette interprétation excessivement large du défaut de motifs a été critiquée par l'unanimité des commentateurs.¹⁷⁸

A partir du moment où les motifs étayant le raisonnement des arbitres peuvent ne

¹⁷⁶ Voir le N° 119 de la décision Kloeckner, supra, note 27.

¹⁷⁷ Ibid., N° 120.

¹⁷⁸ Voir les mises en garde de Caron, supra, note 25, à la p.38: *"It is with regard to the fifth and last ground that is most difficult for the ad hoc Committee to avoid being drawn into an appeal-like, rather than annulment-like, review."*

pas apparaître suffisamment pertinents ou raisonnablement adéquats, il devient tentant pour la partie lésée par les conclusions de la sentence de former un recours en annulation dans l'espoir que le Comité ad hoc ne reprendra pas à son compte tous les motifs de la sentence, et donc qu'il sera incité à les sanctionner.¹⁷⁹

Les conseils des parties ne manquent jamais d'imagination lorsqu'il sert leur cause de démontrer que la motivation d'une sentence recèle des inexactitudes...

M. Gaillard a fait remarquer qu'" *en appliquant l'exigence de pertinence non aux moyens des parties...mais à la réponse que la sentence est susceptible de leur apporter, le Comité ad hoc statuant dans l'affaire Kloeckner lui donne un sens tout différent*".¹⁸⁰

Bien que le Comité ad hoc dans l'affaire AMCO C. indonésie ait déclaré ne pas se sentir lié par les conclusions du précédent Comité, il a adopté ici le même critère, à savoir que l'exigence d'une motivation "suffisamment pertinente" devait être satisfaite.¹⁸¹

Ainsi, les deux premiers comités ad hoc estimaient, de manière subtile, que, si l'exigence de motifs pertinents pouvait conduire à l'exercice de fonctions d'appel, en revanche, leur conception d'un processus d'annulation était respectée par l'exigence minimale de motifs suffisamment pertinents.

¹⁷⁹ Voir Feldman, supra, note 48, aux p. 105 et 109; Craig, supra, note 53, à la p. 211; Pirwitz, supra, note 53, aux p. 112-113; Gaillard, supra, note 88, à la p. 190; Niggeman, supra, note 118, à la p. 81; Berranger, supra, note 48, aux pp. 110-111.

¹⁸⁰ Ibid.

¹⁸¹ Voir le N° 42 de la décision d'annulation, supra, note 30 ; voir aussi le N° 44: "*this interpretation is well founded in the context of the Convention and in harmony with applicable international jurisprudence.*"

Ce critère présente selon nous deux inconvénients : le premier est son subjectivisme (lequel est accru par les différences de nationalités et de cultures juridiques des arbitres), qui incite à une révision au fond de la sentence,¹⁸² et le deuxième est le risque de développement d'un système d'arbitrage à deux degrés.

Or, s'agissant du **premier grief**, la révision du bien-fondé du raisonnement du tribunal arbitral est caractéristique des fonctions d'un juge d'appel, lesquelles à l'évidence n'étaient pas prévues par la Convention.¹⁸³ Le Professeur Mayer considère, de manière convaincante, que la nature des fonctions de contrôle varie selon qu'il s'agisse de la révision d'une décision judiciaire ou d'une sentence arbitrale.¹⁸⁴ Le contrôle d'un jugement s'effectue dans le cadre d'un ordre hiérarchique, lequel présuppose la supériorité de l'organe d'appel sur les juges du premier degré, et légitime *a fortiori* un examen au fond.¹⁸⁵ Par contre, la révision d'une sentence arbitrale par une instance judiciaire correspond au contrôle d'une justice (arbitrale) par une autre justice.¹⁸⁶ L'interprétation différente, d'un contrat ou d'une règle de droit, par la seconde instance n'est pas nécessairement plus correcte que celle retenue par l'instance arbitrale.

¹⁸² Les mots "suffisamment" et "pertinent" ne donnent-ils pas une liberté de révision presque illimitée aux Comités ad hoc?

¹⁸³ Les rédacteurs avaient même délibérément voulu éviter de reproduire le genre de contrôle, qui était prévu par les législations nationales de l'époque, et par la Convention de New York de 1958. Voir Broches, supra, note 44, à la p. 365.

¹⁸⁴ Supra, note 155, à la p. 312 et s.

¹⁸⁵ M. le Professeur Caron rappelle, à ce sujet, une différence générale entre les pays de tradition civiliste et les pays de common law. Dans les premiers, les juges d'appel examinent *de novo* les questions de fait et de droit, alors que, dans les seconds, la révision porte essentiellement sur le droit. Voir Caron, supra, note 25, à la p. 25, et les références citées.

¹⁸⁶ Voir aussi, Oppetit, "Justice étatique et justice arbitrale", dans *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, 415, à la p. 422-423. Il met en avant l'originalité irréductible de la justice étatique et de la justice arbitrale. Tandis que la juridiction étatique appartient à un ordre hiérarchisé, "l'ordre judiciaire", la juridiction arbitrale ne s'insère dans aucun ordre préétabli et bénéficie d'une parfaite autonomie dans le cadre des règles qui la gouvernent, exception faite de *l'imperium* qui relève du monopole étatique territorial.

Ces réflexions nous semblent transposables à la procédure de contrôle du CIRDI. Les Comités ad hoc chargés d'examiner la conformité des sentences aux prescriptions de la Convention de Washington, ne sont ni une juridiction de contrôle permanente, ni un corps de juges suprêmes bénéficiant d'une "aura" supérieure à celle des membres des tribunaux arbitraux. Ces derniers ont autant de compétences et d'expériences à faire valoir dans l'arène de l'arbitrage international.¹⁸⁷ D'ailleurs, les uns et les autres sont sélectionnés à partir d'une même liste.¹⁸⁸ En outre, les décisions des comités ad hoc ne bénéficient pas de la même légitimité que les sentences arbitrales, dans la mesure où la désignation des membres des comités ad hoc est a priori indépendante de la volonté des parties par opposition à celle des arbitres.¹⁸⁹

De plus, le fait pour les Comités ad hoc de s'attribuer de larges pouvoirs de révision des sentences conduisant en pratique à l'annulation, a eu pour effet de "banaliser" le recours en annulation.¹⁹⁰ Cette institution *de facto* d'une certaine forme d'appel voilé s'apparente donc à une violation flagrante de la lettre et de l'esprit de la Convention.

D'une manière heureuse, le Comité ad hoc MINE c. Guinée n'a pas repris cette exigence d'une "motivation suffisamment pertinente", et même s'élève contre

¹⁸⁷ Des doutes peuvent être exprimés sur l'idée, qui nous semble personnellement sous-jacente dans l'esprit de la Convention de Washington, à savoir que le Comité ad hoc est supposé rendre une meilleure décision que le tribunal arbitral. Voir en ce sens, Caron, *supra*, note 25, à la p. 54.

¹⁸⁸ Voir les conditions strictes de qualification posées par les articles 13 et 14 de la Convention de Washington. Voir aussi, Paulsson, *supra*, note 3, aux pp. 395-396.

¹⁸⁹ Voir Paulsson, *ibid.*, à la p. 392.

¹⁹⁰ Voir Reisman, *supra*, note 41, à la 785 et s.

celle-ci ouvertement:

"Le Comité estime que l'exigence de motivation de la sentence implique que le lecteur soit en mesure de suivre le raisonnement du tribunal sur les questions de fait et de droit...La pertinence du raisonnement n'est pas un critère approprié de contrôle en application du &(1)(e) parce que cela entraînerait presque inévitablement le Comité ad hoc à examiner le fond de la décision du tribunal en violation de l'exclusion de l'appel opérée par l'article 53...Le Comité pourrait être tenté d'annuler une sentence parce que son examen fait apparaître une application manifestement incorrecte du droit ce qui n'est pourtant pas une cause d'annulation ".¹⁹¹

Ainsi, le Comité ad hoc a voulu définir un point d'équilibre entre deux impératifs contradictoires de la Convention: d'une part, une déclaration des motifs de la sentence est considérée comme une composante importante du processus arbitral¹⁹²; et, d'autre part, l'exclusion de toute forme d'appel résulte de la Convention elle-même.

Le Professeur Caron a fait pertinemment remarquer que le point de vue émis par le comité ad hoc MINE - à savoir que le principe du caractère définitif des

¹⁹¹ Voir le N° 5.08 de la décision d'annulation MINE c. Guinée, supra, note 34.

¹⁹² Le regretté comparatiste René David expliquait l'exigence de la motivation des sentences, dans les législations continentales, par les considérations suivantes: *"L'obligation pour l'arbitre de motiver sa décision paraît être le corollaire obligé de la présomption que...le législateur a établie en faveur d'un arbitrium boni viri (comportant une décision raisonnée), opposé à l'arbitrium merum (correspondant à une décision purement subjective de l'arbitre)*. Supra, note 53, à la p.448. Voir aussi Lord Justice Bingham, "Reasons and Reasons for Reasons: Differences between a Court Judgment and an Arbitration Award" (1988) 4 Arb. Int'l 141. Il rappelle également que l'exigence de motifs de toute décision juridictionnelle est perçue comme un rempart contre l'arbitraire, ou encore contre un compromis irrationnel entre les demandes des parties. En d'autres termes, *"the giving of a reasoned judgment is the litigant's guarantee"*(à la p. 142).

sentences, tel qu'il est affirmé par l'article 53 de la Convention, implique un contrôle très limité de la sentence - est révélateur d'une conception beaucoup plus cohérente de la notion d'annulation.¹⁹³

Conformément à nos objectifs "comparatistes", l'attitude des comités ad hoc, à l'égard de la motivation des sentences arbitrales du CIRDI, ne peut être pleinement appréciée qu'à la lumière de la position de certaines juridictions nationales.

Le Professeur René David a évoqué le contraste entre les pays de tradition civiliste et les pays anglo-saxons. Pour les premiers, la motivation, qui était à l'origine une exigence formulée dans la perspective d'un recours éventuel contre la sentence, est devenue une garantie de bonne justice.¹⁹⁴

En revanche, la tradition des seconds se caractérise par une absence de motivation, qui est fondée sur le mode d'organisation des recours contre les sentences arbitrales.¹⁹⁵

S'agissant du droit anglais, l' Arbitration Act de 1979 a renversé la tendance, en imposant aux arbitres de motiver leurs sentences; cependant, cette obligation n'existe effectivement, que si l'une des deux parties en a fait la demande avant le prononcé de la sentence.¹⁹⁶

En droit français, le Professeur Loquin a dressé récemment le constat suivant:

¹⁹³ Caron, supra, note 25, à la p. 44

¹⁹⁴ David, supra, note 53, à la p.446.

¹⁹⁵ Ibid. à la p. 451.

¹⁹⁶ Ibid.; voir aussi Lord Justice Bingham, supra, note 192, à la p. 254. En dressant un tableau des différences entre un jugement et une sentence arbitrale au sujet de la motivation dans le cadre du droit anglais, il circonscrit les exigences à attendre d'une sentence à cet égard: "*An arbitrator is not called upon to make any detailed analysis of the legal principles canvassed before him or to review in any detail the legal authorities cited. It is enough if he briefly summarises the arguments put to him and expresses his legal conclusion in a way that makes it intelligible.*" Il est indubitable que l'attente des parties porte sur une décision motivée et non sur une dissertation juridique.

"jusqu'à présent, la jurisprudence n'a jamais succombé à la tentation offerte par le libellé très large [du grief de non-respect de la mission arbitrale] pour procéder à un contrôle de la motivation des sentences et de la justesse de celle-ci."¹⁹⁷

Ainsi, la pratique judiciaire européenne fait preuve d'un grand libéralisme en comparaison de la sévérité des premières décisions des comités ad hoc Kloeckner et Amco.

Toutefois, le revirement de position initié par le comité ad hoc MINE mériterait l'approbation unanime de la doctrine et des praticiens, si les principes affichés n'étaient contrariés par une omission de la part de leurs auteurs de s'y tenir. Comme l'ont souligné certains commentateurs, ledit Comité n'a pas résisté non plus à la tentation d'entreprendre *de facto* un contrôle minutieux de la sentence.¹⁹⁸ En effet, nous avons vu que, sous couvert de sanctionner une contradiction dans la motivation constitutive d'un défaut de motifs, le Comité a procédé à un contrôle en profondeur de la logique de l'argumentation.¹⁹⁹ La tentation est alors grande pour des esprits juridiques éminents et nécessairement critiques de relever des inexactitudes ou des erreurs et de les sanctionner.²⁰⁰

¹⁹⁷ Voir Loquin, supra, note 99, à la p.338; et l'arrêt de principe de la Cour de cassation: Cass.civ.I, 19 avril 1985, (1986) Rev. Arb. 57, (note Jarrosson). Il est intéressant de signaler que le Nouveau Code de procédure civile ne pose l'exigence de motivation qu'en matière d'arbitrage interne (art. 1471), à la différence de l'arbitrage international, où les parties ont donc le choix (lequel reste très théorique).

¹⁹⁸ Voir Niggeman, supra, note 118, à la p. 82; Sturzenegger, supra, note 39, à la p. 187 et s. Pour ce dernier, la décision MINE ne fait que confirmer, du point de vue des observateurs, l'approche extensive des premières décisions, visant à sanctionner des sentences dont les motifs sont jugés insuffisants.

¹⁹⁹ Voir Chapitre I- B) 2) a) La contradiction de motifs.

²⁰⁰ Les reproches adressés expressément par M. Paulsson aux décisions Kloeckner et Amco s'étendent peut-être tacitement à l'invalidation partielle de la sentence MINE : "*ad hoc committees may do much to enhance the acceptability of the Article 52 mechanism*

La publicité donnée à ces décisions et la conscience de faire jurisprudence expliquent sans doute cette excessive vigilance de la part des autorités de contrôle des sentences arbitrales. La rigueur des Comités ad hoc vient ainsi corroborer la thèse du Professeur David, pour lequel l'obligation de motiver les sentences arbitrales a été instituée en règle générale par certaines conventions internationales, dans la finalité de réunir les conditions nécessaires à l'émergence d'une *lex mercatoria* d'origine quasi-judiciaire.²⁰¹

C) L'autorité controversée des décisions des Comités ad hoc.

Les Comités ad hoc ont manifestement cherché à affirmer un certain nombre de principes destinés à être pris en compte par les tribunaux arbitraux postérieurs, que ceux-ci doivent rejuger l'affaire lorsqu'une annulation est intervenue ou encore qu'ils doivent statuer sur une affaire nouvelle. Amenés à interpréter la Convention de Washington, lesdits Comités ont élaboré une sorte de "jurisprudence" comprenant des lignes directrices, dont il convient d'examiner en premier lieu la teneur et la pertinence. Ce rôle prétorien des Comités ad hoc

in the eyes of the investor and host States alike by giving concrete proof - and not mere declarations- that they refuse to rehear the case on the merits..." Paulsson, *supra*, note 3, à la p. 394.

²⁰¹ David, *supra*, note 53, aux pp. 455-456. Il faisait référence à la Convention de Washington, ainsi qu'à la Convention européenne de Genève du 21 avril 1961 sur l'arbitrage commercial international (art. VIII).

suscite également des interrogations sur l'autorité de chose jugée des décisions d'annulation partielle.

1) La volonté d'élaboration d'une "jurisprudence" arbitrale.

Il est fréquemment et traditionnellement établi que les fonctions d'un tribunal arbitral se ramènent à régler un différend, donc qu'il n'existe pas de préoccupations de cohérence des décisions arbitrales en l'absence de juridiction permanente.²⁰² Toutefois, l'accroissement de l'arbitrage comme mode de règlement des différends dans le commerce international, a été accompagné par une multiplication - à la fois parallèle et interactive - de la publication des sentences et des références effectuées par les arbitres à d'autres sentences.²⁰³ Aussi, la tendance actuelle de l'arbitrage international semble être à la création d'une véritable jurisprudence arbitrale pour deux raisons. D'une part, les arbitres tendent à considérer les sentences rendues dans des affaires semblables comme des "précédents" (qui restent à notre avis plus persuasifs que contraignants, à la différence de la règle anglo-saxonne du *stare decisis*). D'autre part, les tribunaux arbitraux sont conscients de rendre une décision, dont la portée est susceptible de dépasser le cadre de la mission juridictionnelle, qui leur a été assignée par les

²⁰² Voir les critiques du Professeur Toope à l'égard de l'idée de la formation d'une jurisprudence arbitrale, supra, note 4, à la p. 2 et s.

²⁰³ Au cours d'un stage effectué dans un cabinet international, nous avons pu constater que les conseils des parties à un différend soumis à une procédure d'arbitrage, s'attachaient à conforter la position de leurs clients par des références aussi nombreuses que possibles à des sentences arbitrales, qu'elles soient ad hoc ou rendues sous l'égide de centres institutionnels, tels que la CCI, la LCIA, ou le CIRDI.

parties en vue de régler un différend particulier.²⁰⁴

Le Professeur Bruno Oppetit a récemment fait remarquer que l'autorité de la jurisprudence arbitrale est faible, en comparaison de celle de la jurisprudence judiciaire. En effet, la relativité de la première est accrue par le secret dont bénéficient les parties, la dispersion et l'absence de hiérarchie ou de coordination des juridictions arbitrales. Celles-ci ne peuvent former un ordre homogène, à la différence de l'ordre judiciaire. Mais il apporte aussitôt un tempérament à ses propos en évoquant l'évolution importante de ces dernières années:

*" la publication des sentences intervenues dans les grands arbitrages pétroliers, ainsi que les chroniques de certaines revues sur l'activité des grands centres permanents d'arbitrage, tels le CIRDI ou la Cour d'arbitrage de la CCI ou encore le Tribunal du Règlement des différends irano-américains fournissent...une contribution au développement graduel du droit du commerce international."*²⁰⁵

S'agissant de la publication des sentences et des décisions des comités ad hoc, nous avons vu que l'article 48(5) de la Convention affirme le droit des parties à la confidentialité de la sentence.²⁰⁶ Toutefois, une révision du Règlement d'arbitrage intervenue en 1984 va produire des conséquences importantes pour les parties ayant consenti à l'arbitrage de puis le 26 septembre 1984; en effet, le

²⁰⁴ Voir, par exemple, M. Berger, supra, note 109, à la p. 19: *"International arbitration is gradually developing into a self-contained judicial system in which the different judicial bodies...regard themselves as having precedential authority, their rulings having a significance that goes well beyond the individual case."*

²⁰⁵ Oppetit, supra, note 186, aux pp. 423-424. Voir aussi la référence faite, à titre d'illustration, par cet auteur à *L'apport de la jurisprudence arbitrale*, Dossiers de l'Institut du Droit et des Pratiques des affaires internationales, Paris, Publication CCI, 1986.

²⁰⁶ En pratique, sur les treize sentences et les cinq décisions des comités ad hoc, qui ont été rendues sous les auspices du Centre, seulement quatre ont fait l'objet d'une permission de publication par le Centre. M. Broches rapporte que neuf autres ont été publiées à l'initiative d'une des parties ou d'autres, ou encore sont tombées dans le domaine public du fait de procédures d'exécution forcée intervenues devant des tribunaux nationaux. Voir Broches, supra, note 9, à la p. 681.

nouvel article 48(4) du Règlement d'arbitrage autorise le Centre à inclure dans ses publications des extraits des règles de droit appliquées par le Tribunal, ce dont s'est félicité M. Broches.²⁰⁷

Cette réforme intervenue dans le cadre du CIRDI a, à notre sens, pour finalité déclarée de faciliter l'émergence d'une véritable jurisprudence arbitrale, à l'instar de la CCI.

Le premier Comité ad hoc constitué sous l'égide du CIRDI et chargé de statuer sur le recours en annulation formé par Kloeckner, n'a pu être indifférent à son rôle précurseur. Ainsi que le souligne M. Reisman, les membres dudit Comité étaient conscients de l'impact de leur décision sur les systèmes de contrôle de l'arbitrage international en général et sur la procédure de contrôle des sentences CIRDI en particulier.²⁰⁸

Tout d'abord, il apparaît clairement que le Comité Kloeckner eut pour objectif de donner une interprétation ayant valeur d'autorité de la Convention :

*"In view of this case's importance,...and...because it may be of interest to the parties and to the new tribunal that may be constituted under Article 52(6), it would nonetheless be appropriate to examine...the main arguments raised and discussed in the course of the annulment proceeding".*²⁰⁹

Suite à l'annulation de la sentence, le Comité a malgré tout tenu à développer un certain nombre de considérations "obiter dicta" :

"...it is incumbent upon the Committee, in the interest of the Tribunal itself and in the higher interest of the arbitration system set up by the Washington Convention, not to leave any of the

²⁰⁷ Ibid.

²⁰⁸ Reisman, supra, note 1, à la p.760; du même auteur, supra, note 12, à la p. 199; Gaillard, "CIRDI: Chronique des sentences arbitrales" (1986) 131 JDI 197, à la p. 200, ainsi que du même auteur, supra, note 88, à la p. 157.

²⁰⁹ Voir le N° 82 de la décision d'annulation, supra, note 27.

*claimant's essential complaints unanswered".*²¹⁰

M. Broches lui-même est très critique vis-à-vis de cette décision lorsqu'il estime que le comité, après avoir annulé la sentence sur le fondement d'un excès de pouvoir manifeste, aurait dû, conformément à ses propres déclarations, se dispenser d'examiner les autres griefs invoqués par le requérant.²¹¹

En outre, le fait que le premier comité ad hoc ait été composé de trois arbitres internationaux réputés ne pouvait avoir d'autre effet que d'accentuer l'autorité persuasive de la décision.²¹²

De même, le comité dans l'affaire MINE c. Guinée a rappelé explicitement que l'article 52(1) ne devait pas faire l'objet d'une interprétation étroite ou large mais plutôt selon l'objet et le but de la Convention.²¹³ Ainsi, à propos du grief d'inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure, ledit Comité choisit de préciser les notions de "gravité" et de "règle fondamentale" dans le cadre de ses déclarations préliminaires.²¹⁴

²¹⁰ Ibid., N° 96; voir aussi les remarques de Reisman, supra, note 1, à la p.761 et celles de Pirwitz, supra, note 53, à la p. 110; Ouakrat, supra, note 53, à la p. 306: "*Le souci du Comité ad hoc de faire ici jurisprudence paraît manifeste. Le fait que ce Comité ait cru bon de se prononcer sur l'essentiel des griefs pourtant surabondants exposés par Kloeckner est d'ailleurs significatif à cet égard.*"

²¹¹ Voir Broches, supra, note 9, aux pp. 692 et 698. Voir aussi, Paulsson, supra, note 3, à la p. 392: "*The Kloeckner I Committee went beyond its holding of annulment and devoted most of its decision to what reads like a general essay on the proper use of Article 52.*" Il estime que les prétentions didactiques et les tendances à la digression du comité ad hoc ont eu, en pratique, l'effet inverse de celui escompté, puisque les secondes sentences, qui ont été rendues à la suite des décisions d'annulation, ont été contestées à leur tour dans les affaires Kloeckner et Amco.

²¹² Voir, Reisman, supra, note 12, à la p. 201.

²¹³ Voir le N° 4.05 de la décision d'annulation MINE c. Guinée, supra, note 34; voir aussi Niggeman, supra, note 118, à la p. 79.

²¹⁴ Ibid., N° 5.05 et 5.06. Ainsi, aux yeux du comité ad hoc, une violation "grave" doit être appréciée selon des critères à la fois quantitatifs et qualitatifs. Dans le N° 5.06, il convient de signaler qu'un emprunt est effectué à une autre source internationale afin d'illustrer la notion de "règle fondamentale": "...un exemple clair d'une telle règle

Le comité ad hoc MINE a donc choisi de donner succinctement sa propre interprétation des trois motifs principaux d'annulation, laquelle est, à l'évidence, fortement inspirée de la vision et de l'expérience de M. Broches. Toutefois, à la différence du comité ad hoc Kloeckner, le comité MINE n'a pas jugé utile d'examiner la pertinence de chaque motif invoqué, à partir du moment où il avait admis l'annulation d'une partie de la sentence sur la base d'un des motifs.²¹⁵

Il convient maintenant d'illustrer la volonté normative des comités ad hoc. Parmi les principes posés par le Comité ad hoc Kloeckner, il en est un qui a été apprécié différemment par les commentateurs; il s'agit de l'application de l'adage "*in favorem validitatis sententiae*":

"In any case [any] doubt[s]...should be resolved "in favorem validitatis sententiae" and lead to the rejection of the alleged complaint".²¹⁶

M. Gaillard a dénoncé un tel principe comme étranger au droit de l'arbitrage: "*Le seul fait d'exister n'est pas, pour une sentence, un mérite en soi*".²¹⁷ Il est vrai que ce principe ne trouve pas de fondement textuel dans la Convention de Washington. D'après cet auteur, l'essentiel est de s'assurer de la conformité de la sentence aux exigences de la procédure de contrôle.

En revanche, M. Reisman considère que cette assertion est dictée par la structure du mécanisme de révision du CIRDI. En l'absence d'une telle présomption de validité, le dépôt d'une requête en annulation nécessiterait un

fondamentale peut être trouvé dans l'article 18 de la loi-type de la CNUDCI...Le terme "règle fondamentale de procédure" ne doit pas être compris comme incluant nécessairement toutes les règles du Règlement d'arbitrage du Centre."

²¹⁵ Voir le N° 6.109 de la décision MINE, supra, note 34.

²¹⁶ Voir le N° 52 de la décision du Comité ad hoc Kloeckner, supra, note 27.

²¹⁷ Voir Gaillard, supra, note 88, à la p.188.

arbitrage *de novo*.²¹⁸ L'optique de cet auteur s'inscrit dans un souci de restreindre au maximum le champ d'action des instances arbitrales successives en vue d'une efficacité optimale dans le déroulement de la procédure. Il est vrai que, dans le cas d'une décision d'annulation partielle, la partie subsistante de la sentence bénéficie de l'autorité de chose jugée.

En tout état de cause, cette affirmation de principe du comité ad hoc est, à l'évidence, contredite par les nombreuses remises en question *de facto* du raisonnement du tribunal arbitral.

L'étendue des pouvoirs d'annulation des comités ad hoc a été interprétée variablement par les différentes instances de contrôle. En effet, l'article 53(3) de la Convention dispose que "*le comité est habilité à annuler la sentence en tout ou en partie pour l'un des motifs énumérés à l'alinéa 1 du présent article.*"²¹⁹ La question s'est posée de savoir si un comité ad hoc est tenu de prononcer l'annulation de la sentence en présence d'un grief, ou si, au contraire, il bénéficie d'un pouvoir d'appréciation.

Ainsi, le Comité Kloeckner a retenu une approche très formelle et rigoriste dans la mesure où il a interprété cet article comme lui donnant une compétence liée : le simple constat d'une violation de l'article 52 impose de manière systématique et nécessaire - sauf circonstances exceptionnelles - l'annulation de la sentence, sur le fondement du droit, dont bénéficieraient les Parties à la Convention de Washington et les parties à la convention d'arbitrage, de faire respecter les dispositions de la Convention de Washington.²²⁰ Le comité ad hoc

²¹⁸ Voir Reisman, supra, note 1, à la p. 761.

²¹⁹ Il nous semble que la version anglaise recèle en comparaison une certaine ambiguïté: "*The committee shall have the authority to annul...*"

²²⁰ Voir le N° 179 de la décision d'annulation Kloeckner, supra, note 27: "*The committee defends the Convention's legal purity.*" M. Broches relève, de manière critique, que cette défense semble avoir été le seul véritable souci du Comité. Voir

a donc rejeté expressément la doctrine, suivant laquelle il n'existe "pas de nullité sans grief", et qui est reconnue par certains droits nationaux tels que la France.

M. Reisman a qualifié cette interprétation d'"automatic technical discrepancy approach" ou encore d'"hair-trigger approach" en ce qu'elle ne prend pas en compte la gravité ou l'incidence du vice générateur de nullité. Il considère que l'interprétation donnée par le Comité est erronée. D'après lui, cette disposition ne visait qu'à identifier l'autorité compétente pour prononcer l'annulation.²²¹

Il nous semble aussi que la lecture de prime abord de ladite disposition inciterait plutôt à retenir une conclusion inverse à celle du Comité Kloeckner. Une "habilitation" donne à la personne bénéficiaire le pouvoir, et non le devoir, de prendre une décision.

En revanche, le Comité ad hoc Amco c. Indonésie n'a pas suivi son prédécesseur sur ce point. Concrètement, il a relevé à plusieurs occasions des motifs d'annulation mais il a refusé de les sanctionner sur le fondement suivant, à savoir que les violations en question étaient, soit mineures ou sans conséquence, soit relatives à des *obiter dicta*.

Selon la terminologie de M. Reisman, cette "material violation approach" doit être approuvée.²²² Si elle nécessite un examen plus poussé de la logique du raisonnement du tribunal arbitral, cet examen est justifié par la finalité de préserver la sentence de la nullité. La prise en considération de l'incidence concrète de la violation formelle des règles posées par la Convention, sur la

Broches, supra, note 44, à la p. 357.

²²¹ Reisman, supra, note 1, aux pp. 762-763 et 776-777; voir aussi, Rambaud, supra, note 82, à la p. 267. Celui-ci est également favorable à la reconnaissance d'un pouvoir d'appréciation plus large des comités ad hoc quant aux conséquences de la violation des prescriptions de l'article 52.

²²² Ibid.

solution pertinente aux yeux du Comité, est aux antipodes de l'interprétation du Comité précédent. Seule une violation substantielle de l'article 52 sera sanctionnée.²²³

Le Comité ad hoc MINE c. Guinée a franchi un pas supplémentaire en s'attribuant une véritable marge d'appréciation sur la base de son interprétation de l'article 52(3) de la Convention:

*"La Convention n'exige pas un exercice systématique du pouvoir d'annuler une sentence, lorsqu'une requête a été déposée dans les délais, et que le demandeur a établi un des motifs d'annulation."*²²⁴

*"Un Comité ad hoc possède une marge d'appréciation lorsqu'il connaît des demandes d'annulation. Son pouvoir...ne peut être exercé dans des conditions qui mettraient en cause l'objet et le but de l'action en annulation. Il peut cependant refuser d'exercer son pouvoir d'annuler une sentence lorsque l'annulation n'est clairement pas nécessaire pour remédier à une injustice procédurale et lorsque l'annulation affecterait sans justification la force obligatoire et le caractère définitif des sentences CIRDI"*²²⁵.

Ainsi, cette décision souligne le fait qu'une injustice procédurale constitue la caractéristique essentielle des cinq motifs d'annulation.

Cette déclaration s'inscrit ouvertement en réaction à l'approche formaliste du Comité Kloeckner, évolution dont on ne peut que se réjouir. Selon M. Caron, c'est l'approche retenue par le comité ad hoc Kloeckner qui est à l'origine du discrédit porté sur le processus de contrôle des sentences arbitrales du CIRDI.²²⁶

²²³ Voir, à titre d'illustration, les N° 58 et 104 de la décision d'annulation Amco c. Indonésie, supra, note 30.

²²⁴ Voir le N° 4.09 de la décision d'annulation MINE c. Guinée, supra, note 34.

²²⁵ Ibid., N° 4.10.

²²⁶ Caron, supra, note 25, à la p. 46.

Malheureusement, comme le constate M. Niggeman, le Comité constitué dans l'affaire MINE n'a pas fait usage de son pouvoir discrétionnaire dans le sens qu'il a lui-même préconisé, à savoir le caractère définitif des sentences.²²⁷ N'est-il pas vain de dresser des lignes directrices si elles ne sont pas appliquées par leurs propres concepteurs ?

Le même auteur regrette que le Comité n'ait pas été plus explicite sur son appréciation des manquements relevés. Si ce dernier a relevé que l'ensemble des violations rendait l'annulation nécessaire²²⁸, il a omis ou évité de spécifier quel fut l'élément véritablement décisif de la décision d'annulation, entre la contradiction de motifs et l'omission de statuer sur la question de limitation de responsabilité.

Le Comité ne semble donc pas s'être soucié, au stade final, des conséquences néfastes pour l'image du système CIRDI, d'une troisième décision d'annulation, même si l'invalidation n'était que partielle.

2) La "res judicata" des décisions d'annulation

²²⁷ Voir Niggeman, supra, note 118, à la p. 83; voir aussi, Sturzenegger, supra, note 39, à la p. 184 et s. Ce dernier reproche au comité ad hoc d'avoir établi un test supplémentaire - à savoir est-ce que le grief invoqué constitue une injustice procédurale ? - qu'il considère comme dépourvu de la moindre utilité, eu égard à la précision ou à la définition étroite de cinq motifs.

²²⁸ Voir le N° 6.98 de la décision MINE, supra, note 34.

partielle.

Il résulte respectivement des alinéas (3) et (6) de l'article 52 de la Convention de Washington que "*le Comité est habilité à annuler la sentence en tout ou en partie...*" et que "*si la sentence est déclarée nulle, le différend est, à la requête de la partie la plus diligente, soumis à un nouveau tribunal constitué...*".²²⁹ L'article 55(3) du Règlement d'arbitrage du CIRDI précise que "*si la sentence n'a été annulée qu'en partie, le nouveau tribunal ne procède pas à un nouvel examen de toute partie non annulée de la sentence.*"

Alors que l'affaire Kloeckner c. Cameroun a donné lieu à une décision d'annulation totale,²³⁰ les affaires Amco c. Indonésie et MINE c. Guinée se caractérisent par des décisions d'annulation partielle.

Le problème réside dans le fait qu'il peut être délicat de déterminer, de manière concrète et précise, quelles sont les parties de la sentence initiale qui restent dotées de l'autorité de chose jugée, et de savoir quelle doit être l'étendue de *res judicata* de la décision du Comité ad hoc.

La décision d'annulation partielle du Comité MINE c. Guinée n'a porté que sur la partie de la sentence relative aux dommages-intérêts. Elle a donc laissé intacte la partie de la sentence sur la responsabilité. Or, bien que MINE ait

²²⁹ M. Broches faisait le commentaire suivant de cet article: "*the provision must be interpreted to mean that resubmission of the dispute will be limited to the part of the dispute decided by the annulled portion of the award, and that the remainder will be res judicata... No doubt about this interpretation has been expressed in annulment proceedings.*" Supra, note 44, à la p. 334.

²³⁰ Le comité ad hoc Kloeckner a tenu à caractériser ce pouvoir d'annulation partielle comme étant la suite logique du caractère définitif de la sentence et de la présomption de validité de cette dernière. Voir le N° 80 de la décision, supra, note 27, et les commentaires de Caron, supra, note 25, à la p. 35.

déposé une nouvelle demande tendant à rejuger le fond, une transaction intervenue ultérieurement entre les parties, a mis un terme final à cette affaire . Aussi, n'est-elle pas d'un grand intérêt à ce sujet.²³¹

Par contre, les suites de la décision d'annulation Amco c. Indonésie sont riches d'enseignements. Le Comité ad hoc avait décidé d'annuler intégralement le dispositif de la sentence sur la base de la connexité des différents chefs de dommages. Ainsi que le remarque M. Redfern, la conséquence immédiate fut de priver Amco de toute réparation accordée par le tribunal arbitral.²³²

En revanche, le Comité ad hoc spécifia que l'annulation ne s'étendait pas aux motifs sur la base desquels l'illégalité de la prise de possession de l'hôtel et l'irrégularité procédurale de la révocation de l'autorisation d'investissement ont été constatés.²³³

M. Gaillard a critiqué ce dépeçage effectué par la décision d'annulation partielle du Comité ad hoc entre les motifs de la sentence. Il aurait été préférable, selon lui, de tracer la ligne de démarcation au sein du dispositif entre les chefs de condamnation. Ainsi, l'annulation de certains chefs de condamnation inclurait, par voie de conséquence, les motifs correspondants.²³⁴

²³¹ Le seul intérêt de la sentence est, à cet égard, d'illustrer la difficulté éventuelle de détacher la partie annulée du reste de la sentence. Le comité a décidé que l'annulation de la partie de la sentence sur les dommages-intérêts devait également entraîner celle de la partie relative aux coûts étant donné les liens inextricables entre les deux. Voir le N° 6.112 de la décision, supra, note 34, et les commentaires de Caron, supra, note 25, à la p. 36.

²³² Redfern, supra, note 48, à la p.117.

²³³ Redfern, ibid. ; voir aussi Gaillard, supra, note 88, à la p.186.

²³⁴ Gaillard, " CIRDI: Chronique des sentences arbitrales"(1989) 116 JDI 141, aux pp.154-155 . Il dresse un parallèle avec la pratique de la cassation en France: l'article 623 du Nouveau Code de Procédure Civile dispose que la cassation partielle "n'atteint que certains chefs dissociables des autres." Il se réfère en outre à une jurisprudence constante aux termes de laquelle "*la cassation qui atteint un chef de dispositif n'en laisse rien subsister, quelque soit le moyen qui a déterminé cette annulation.*"(voir par exemple, Cass.Civ.I, 15 déc. 1965: Bull.civ.I, N° 712).

D'un point de vue théorique, il soutient que le fait de reconnaître à un Comité le pouvoir de conférer l'autorité de chose jugée à certains motifs de la sentence reviendrait à transformer en partie le Comité en une instance d'appel; en effet, l'affirmation du bien-fondé de ces motifs aboutit en pratique à limiter la marge d'appréciation du tribunal arbitral ultérieur. Or, la logique de l'annulation implique la liberté pour le second tribunal de se prononcer à son tour sur les points qui avaient été examinés par les premiers arbitres et annulés par la suite. Il considère que la conception qu'il défend serait plus conforme aux objectifs poursuivis par la Convention de Washington.

Par conséquent, afin d'alléger la tâche du second tribunal arbitral, le Comité ad hoc devrait apprécier "*le caractère divisible ou indivisible des différents chefs de condamnation et l'incidence exacte sur chacun d'entre eux du cas d'annulation lui paraissant devoir être retenu.*"²³⁵

A la demande d'Amco, un nouveau tribunal fut donc constitué. Dans un premier temps, celui-ci décida de rendre une décision sur l'étendue de sa compétence, avant de pouvoir statuer sur le fond, à savoir la question de la détermination du montant des dommages-intérêts.

Outre la difficulté de distinguer les éléments annulés et ceux subsistants de la sentence initiale, ce tribunal fut le premier à devoir apprécier quelle était l'étendue de *res judicata* devant être reconnue aux motifs et au raisonnement de la décision du Comité ad hoc.²³⁶ L'Indonésie développa la thèse favorable à la reconnaissance d'une autorité de chose jugée étendue au raisonnement à la base

²³⁵ Gaillard, *ibid.*

²³⁶ *AMCO v. Republic of Indonesia: Resubmitted Case-Decision on Jurisdiction*, (1988) 3 ICSID Rev.-FIJL 166.

des motifs de la décision d'annulation du Comité ad hoc. Cet État se fondait d'une part, sur la règle d'indivisibilité de la décision et, d'autre part, sur une consultation du professeur américain Reisman défendant une conception extensive de l'autorité de chose jugée des décisions d'annulation partielle. L'Indonésie escomptait, ainsi, voir entériner les constatations faites par le Comité ad hoc, en l'occurrence sur l'insuffisance de l'investissement réalisé par AMCO et la légitimité de la révocation de l'autorisation.²³⁷ En revanche, l'entreprise Amco maintenait la position contraire, en arguant de la logique propre à une procédure d'annulation. Selon cette dernière, le différend devait être réexaminé *de novo*.

En fin de compte, le tribunal "AMCO II" choisit d'adopter une conception restrictive de la *res judicata* des motifs du Comité ad hoc :

*"If the present Tribunal were bound by the "integral reasoning" of the ad hoc Committee, then the present Tribunal would have bestowed upon the ad hoc Committee the role of an appeal court. The underlying reasoning of an ad hoc Committee could be so extensive that the tasks of a subsequent Tribunal could be rendered mechanical, and not consistent with its authority, as indicated in Article 52(6), which speaks of "the dispute" being submitted to a new Tribunal."*²³⁸

Ainsi, le second tribunal arbitral ne s'est pas senti lié par le raisonnement du comité ad hoc, jugé distinct de la décision même d'annulation. Il s'est appuyé sur la structure de la Convention, laquelle ne prévoit pas une révision substantielle des sentences arbitrales.²³⁹

Tandis que M. Gaillard approuve cette approche restrictive, à l'inverse M. Reisman la trouve très critiquable à plusieurs égards. Tout d'abord, il considère

²³⁷ Voir Gaillard, *supra*, note 234, *ibid*.

²³⁸ Voir le N° 43 de la décision, *supra*, note 235.

²³⁹ Voir Curtis, "International Investment Disputes -*Res judicata* Effect of Partially Annuled ICSID Award", (1989) 83 A.J.I.L. 106, aux pp. 107 et 109.

que la crainte exprimée d'une transformation du mécanisme de révision vers une procédure d'appel n'est pas justifiée: accorder des fonctions d'appel à une instance internationale ne serait pas préjudiciable à l'arbitrage du fait de l'absence d'intervention d'une juridiction nationale .

Ensuite, le souci de ne pas réduire l'étendue du différend sur lequel le second tribunal est amené à statuer, reviendrait à nier l'intérêt du pouvoir d'annulation partielle attribué aux Comités ad hoc :

" Otherwise, we must...conclude that even in case in which an ad hoc Committee partially annuls, a subsequent tribunal must treat it as a total nullification and hear the dispute de novo..." 240

Selon cet auteur, une conception large de la "res judicata" aurait pour avantage de délimiter à chaque stade le contenu du différend, donc l'étendue de la compétence des instances arbitrales successives. L'intérêt clair de cette thèse est de décourager les parties et leurs conseils de redébattre de l'intégralité des points de la sentence initiale, d'où des économies de temps et d'argent.

Si l'argumentation de cet éminent professeur est très convaincante, elle peut encourir le reproche de ne pas trouver d'appui dans le texte et l'esprit de la Convention. A l'évidence, les auteurs de la Convention de Washington n'avaient pas pour objectif d'accorder des pouvoirs d'appel aux Comités ad hoc ou encore de cantonner le second tribunal dans une fonction d'organe d'application de la décision d'annulation prise par un Comité ad hoc. Plutôt que de définir des remèdes au stade postérieur à l'annulation, il vaudrait mieux chercher à endiguer le développement même de la pratique des recours en annulation.

240 Reisman, supra, note 1, aux pp.781-787.

Le même tribunal arbitral "AMCO II" a rendu une sentence sur le fond le 5 juin 1990.²⁴¹ Celle-ci est d'un grand intérêt pour le droit international et l'arbitrage international en général, tant au regard des questions de fond que des questions de procédure.

En premier lieu, les membres du tribunal arbitral ont pris position sur la place à accorder au droit international en cas de silence des parties sur le choix du droit applicable.²⁴² En effet, l'article 42(1) ne donne malheureusement pas d'indication univoque sur la place respective du droit national de l'Etat hôte et des principes du droit international.²⁴³

Conformément aux lignes directrices dressées par M. Broches, les Comités ad hoc Kloeckner et MINE ont affirmé d'une part, le devoir des arbitres d'appliquer en premier lieu le droit de l'Etat hôte, et d'autre part, corrélativement le rôle, soit complémentaire, soit correctif des principes du droit international.²⁴⁴ Ces derniers doivent d'ailleurs être entendus dans le sens donné par l'article 38(1) des Statuts de la Cour Internationale de Justice.²⁴⁵ Par conséquent, les arbitres ne peuvent recourir à ceux-ci qu'après avoir identifié et appliqué les règles pertinentes du droit étatique.

²⁴¹ Voir supra, note 31; et le commentaire de Gaillard, supra, note 118, aux pp.181-186.

²⁴² L'article 42 sur le droit substantiel applicable en l'absence de choix des parties, prévoit une règle fondamentalement différente de celle que l'on trouve dans la Convention européenne de Genève, ou le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, ou encore le Règlement d'arbitrage de la CCI, dans la mesure où il est fait directement référence au droit de l'Etat hôte (y compris ses règles de conflits de lois). Voir Bouchez, supra, note 5, à la p. 102 et s.

²⁴³ Voir Toope, supra, note 4, à la p. 238 et s.; Branson et Tupman, "Selecting an Arbitral Forum: a Guide to Cost-effective International Arbitration." (1984) 24 Virg.J. 917, à la p.930; voir aussi Moore, "International Arbitration between States and Foreign Investors- the World Bank Convention", (1966) 18 Stanford LR 1359, à la p.1379.

²⁴⁴ Voir Broches, supra, note 8, à la p.392, et note 9, à la p. 668 et s.; voir aussi le N° 69 de la décision du Comité ad hoc Kloeckner c. Cameroun, supra, note 27; et les N° 20 à 22 de la décision du Comité ad hoc MINE c. Guinée, supra, note 34.

²⁴⁵ Voir le *Report of Executive Directors*, supra, note 12, n° 40 à la note infrapaginale.

Par contre, le tribunal AMCO II a remis en cause cette conception largement admise :

"S'il existe des dispositions applicables du droit de l'État d'accueil, elles doivent être appréciées au regard du droit international qui prévaut en cas de conflit. Ainsi, le droit international est pleinement applicable et qualifier son rôle de "seulement complémentaire et correctif" est une distinction vaine".²⁴⁶

Ainsi, ces arbitres ont rejeté le principe énoncé quant à l'exigence de démontrer une lacune du droit national ou une contradiction avec le droit international avant d'envisager un recours au droit international. Pour M. Gaillard, *"subordonner l'application des principes du droit international à la preuve d'une lacune ou d'une contrariété à l'ordre juridique international reviendrait à vider en grande partie l'article 42(1) de son sens..."*²⁴⁷ Il approuve donc la sentence en ce qu'elle redonne aux arbitres la liberté de découvrir et mettre en oeuvre les principes de droit international applicables sans cette exigence de démonstration préalable.²⁴⁸

Il nous semble que la diversité des conceptions adoptées par les tribunaux arbitraux ou les comités ad hoc, sur la place à accorder au droit international, dans la hiérarchie des normes applicables en cas de silence des parties, est particulièrement problématique; en effet, l'absence d'interprétation uniforme de l'article 42(1) de la Convention de Washington est un facteur d'incertitude à la fois pour l'Etat hôte et l'investisseur étranger. De telles divergences d'interprétation impliquent un aléa quant aux conclusions des arbitres, et ne font

²⁴⁶ No. 40, supra note 31.

²⁴⁷ Voir, supra, note 234, à la p. 184.

²⁴⁸ Cet auteur est, en effet, favorable au développement d'un processus de spécialisation croissante des principes généraux du droit du commerce international, afin de contrer les critiques de redondance adressées habituellement au corps de règles supposées faire partie de la "lex mercatoria". Voir Gaillard, supra, note 88, aux pp. 158-159.

donc qu'accroître les inquiétudes des utilisateurs effectifs ou potentiels des mécanismes prévus par le CIRDI. Or, la prévisibilité des règles de droit retenues par les arbitres revêt une grande importance dans l'arbitrage international, et ce d'autant plus que le différend implique un Etat face à une entreprise privée.

De plus, l'existence même de cette différence de conceptions ne peut qu'inciter une partie mécontente des résultats d'une sentence arbitrale à contester l'interprétation retenue de l'article 42(1) dans le cadre d'un recours en annulation. Il est donc important que les parties s'entendent sur le choix du droit applicable (avant la naissance du différend ou même lorsque celui-ci s'est cristallisé) pour réduire de telles incertitudes.

En deuxième lieu, l'autre apport de cette sentence est relatif aux conséquences de l'irrégularité procédurale de la révocation de l'autorisation d'investissement donnée à AMCO. L'Indonésie avait déjà développé la thèse suivant laquelle l'insuffisance de l'investissement réalisé par AMCO justifiait au fond la révocation de l'autorisation .

Le Comité ad hoc accueillit cette argumentation, considérant qu'il fallait faire abstraction de l'irrégularité procédurale si la révocation était substantiellement justifiée. Par conséquent, la partie de la sentence sur l'indemnisation de l'entreprise pour révocation irrégulière fut annulée.²⁴⁹

M. Redfern reprocha à la décision du Comité d'avoir appliqué de façon exclusive les dispositions du droit indonésien au sujet de la qualification de ce qu'est un investissement. Selon lui, l'objectif de protection des investisseurs étrangers implique, le cas échéant, de faire application des règles du droit

²⁴⁹ Voir le N° 106 de la décision du Comité AMCO c. Indonésie, supra, note 30; et les critiques de Redfern, supra, note 48, à la p.115.

international prévues à titre "correctif" par l'article 42(1) de la Convention.²⁵⁰

Conformément à son approche restrictive de la *res judicata* du raisonnement du Comité ad hoc (lequel avait préservé de l'annulation le constat par les premiers arbitres de l'irrégularité de la révocation et de l'illégalité de la prise de possession des locaux par la force), le deuxième tribunal a estimé sur la base de la jurisprudence internationale que :

*" bien que certaines raisons de fond aient pu exister pour la révocation de l'autorisation , les circonstances qui ont entouré la décision la rendent illicite".*²⁵¹

Le tribunal arbitral a finalement considéré que l'irrégularité flagrante des actes des autorités administratives indonésiennes était constitutive d'un déni de justice. Il a , par conséquent, condamné l'Indonésie à indemniser en totalité l'investisseur afin de le replacer dans la situation initiale si l'expropriation illicite ne s'était pas produite. Il a indirectement inclus le *lucrum cessans* dans les dommages-intérêts sur la base de l'illicéité de l'expropriation.

Cet attachement du tribunal arbitral au respect de garanties procédurales de base, à la différence du Comité ad hoc, doit être approuvé sans réserve: une conception inverse aurait constitué un précédent redoutable pour la protection des investisseurs étrangers et certainement nuisible à la neutralité de l'arbitrage du CIRDI. Sous prétexte d'un manquement de l'entreprise étrangère à ses obligations, tout Etat hôte pourrait adopter des mesures de rétorsion (telles qu'une expropriation ou le retrait d'une autorisation), dont le bien-fondé , s'il était dûment constaté, permettrait de couvrir *a posteriori* la violation des droits de la

²⁵⁰ Voir Redfern, supra, note 48, aux pp.116-117.

²⁵¹ Voir le N° 139 de la décision, supra, note 31.

défense ou des irrégularités procédurales graves.

En conclusion, nous pouvons constater que la diversité des conceptions adoptées par les comités ad hoc permet difficilement de dégager une "jurisprudence arbitrale" cohérente. Bien que chaque comité ad hoc ait cherché à donner à sa décision une valeur de précédent, il apparaît que chacun des deuxième et troisième comités ad hoc ne s'est pas senti tenu de se conformer au point de vue émis par son prédécesseur.²⁵² En revanche, l'on ne peut nier que ces décisions jouissent d'une valeur d'autorité dans la mesure où elles peuvent inspirer des décisions ou arbitrages postérieurs, qu'ils aient lieu ou non sous les auspices du CIRDI. Cette autorité reste, malgré tout, très relative, ainsi qu'en témoigne la seconde sentence rendue dans l'affaire AMCO c. Indonésie, qu'il s'agisse de questions de compétence ou de fond.²⁵³

M. Broches a, à notre avis, donné la meilleure définition de l'autorité des décisions des comités ad hoc:

*"In the ICSID system, the precedential value of decisions of an ad hoc committee is based exclusively on their merits in the view of a subsequent committee."*²⁵⁴

²⁵² Voir le N° 44 de la décision Amco, supra, note 30: *"The absence... of a rule of stare decisis in the ICSID arbitration system does not prevent this ad hoc Committee from sharing the interpretation given to Art. 52(1)(e) by the Kloeckner ad hoc Committee."*

²⁵³ M. Broches a dressé une comparaison intéressante entre les fonctions des comités ad hoc et celles de la Cour Internationale de justice: *"The court is looked to by the international community for authoritative statements of international law...The role which is recognized to the court explains the great length of judgments and individual opinions, which may go beyond what is needed to decide the dispute. These considerations do not apply to ad hoc committees, which are not hierarchically superior to the tribunals whose awards they examine and the authority of whose decisions does not extend beyond the particular award..."* Supra, note 44, à la p.371; Voir aussi, Paulsson, supra, note 3, à la p.392.

²⁵⁴ Broches, *ibid.*, à la p.364.

CONCLUSION :

Le succès des trois premières demandes en annulation formées au sujet de sentences rendues sous l'égide du CIRDI a suscité des inquiétudes légitimes sur l'intérêt de régler un différend sur la base de la Convention de Washington. Les mésaventures du CIRDI ne sont probablement que le révélateur de la tendance actuelle de l'arbitrage international à engluier dans des débats de procédures, pré-, para- ou post-arbitrale au détriment de l'objectif de règlement expéditif du fond du litige.²⁵⁵

Déjà en 1986, le Secrétaire-général, M. Shihata, relevait que:
*"Resort to the annulment procedure in two ICSID cases is cause for concern...The danger thus exists that if parties, dissatisfied with an award, make it a practice to seek annulment, the effectiveness of the ICSID machinery might become questionable and both investors and Contracting States might be deterred from making use of ICSID arbitration".*²⁵⁶

²⁵⁵ Voir Oppetit, supra, note 186, à la p.417; Fouchard, "Où va l'arbitrage international ?" (1989) 34 R.D. Mc Gill 435, à la p. 450 et s.

²⁵⁶ Report of the Secretary-General to the Administrative Council of ICSID, Annex A (1986) à la p.2. M. Shihata a réitéré ses craintes en 1988 devant la même instance à Berlin, et a dénoncé en outre, la confusion faite entre la procédure d'annulation et celle d'appel: *"It is also wrong to confuse the annulment proceedings with an appeals process*

M. Delaume a également exprimé des regrets sur le fait que les parties usent des recours offerts par la Convention non pour faire valoir leurs droits fondamentaux contre l'arbitraire éventuel des arbitres, mais fondamentalement pour retarder l'exécution d'une sentence défavorable à leurs intérêts.²⁵⁷ Si l'usage à titre exceptionnel des voies de recours afin de corriger une défaillance du système arbitral garantit sa crédibilité et contribue à son efficacité globale, il convient de prévenir les risques d'abus.²⁵⁸

En revanche, pour d'autres commentateurs, aucune des requêtes en annulation n'est jugée abusive. Ainsi, M. Broches trouve tout à fait compréhensible que les parties cherchent à épuiser les voies de recours offertes, même si elles ne sont destinées a priori qu'à un usage exceptionnel. Les Etats seraient fortement incités à former de tels recours pour des raisons politiques (voir, par exemple, le cas de l'Indonésie soucieuse de faire respecter sa législation sur l'investissement); quant aux investisseurs, en tant que bénéficiaires d'une assurance contre les risques politiques (tels que l'expropriation), ils peuvent avoir une obligation contractuelle d'épuiser les voies de recours.²⁵⁹

which is not possible in respect of awards issued by ICSID's tribunals." (à la p. 3).

²⁵⁷ Delaume, supra, note 5, à la p.34.

²⁵⁸ Voir Béguin, supra, note 1, à la p. 242: "*Exercées avec excès par des plaideurs de mauvaise foi, les voies de recours peuvent devenir des instruments de paralysie de l'arbitrage et nuire gravement à son efficacité.*" Voir aussi Mayer, supra, note 155, à la p.313. Ce dernier remarque que la fréquence des contestations est aggravée par le fait que les délais résultant d'une contestation sont plus importants que ceux causés par un appel formé contre une décision judiciaire. En outre, le constat d'irrégularité d'une sentence conduit à recommencer la procédure arbitrale afin d'obtenir une nouvelle sentence, laquelle est également susceptible d'être contestée. Ces remarques nous semblent tout à fait transposables à l'arbitrage du CIRDI.

²⁵⁹ Broches, supra, note 44, à la p.376. Voir aussi Reisman, supra, note 12, à la p. 201, à propos de l'obligation pour les parties et leurs conseils d'exploiter les opportunités ouvertes par l'interprétation extensive de la Convention de Washington.

Si nous partageons l'accent mis par cet auteur sur la spécificité de l'arbitrage du CIRDI au regard des parties en présence, en revanche, il nous apparaît que son point de vue conduit subrepticement à banaliser la pratique des recours en annulation.

Il convient désormais d'envisager les remèdes qui permettraient de restaurer le caractère définitif des sentences et l'efficacité du système CIRDI.

Tout d'abord, certains auteurs ont suggéré des remèdes d'ordre institutionnel au dérèglement du système.

L'hypothèse d'un amendement de la Convention de Washington elle-même a parfois été avancée.²⁶⁰ Cette solution apparaît assez impraticable du fait de l'exigence d'un consentement unanime de la part des nombreux États contractants si l'on tient à une interprétation uniforme de la Convention.

L'autre possibilité consisterait à réviser le Règlement d'arbitrage mais une telle réforme ne produirait des effets que pour l'avenir; en effet, l'article 44 de la Convention prévoit que les règles applicables à la procédure arbitrale sont celles en vigueur lors du consentement à l'arbitrage.

Ensuite, la liberté des parties reconnue par l'article 44 de la Convention quant à l'organisation de la procédure arbitrale a aussi été invoquée en faveur d'une limitation, voire d'une exclusion contractuelle du jeu de l'article 52.²⁶¹ Les arguments en faveur d'une exclusion de tout recours en annulation reposent d'une part, sur la possibilité reconnue par certains droits nationaux d'exclure une

²⁶⁰ Voir Redfern, supra, note 48, à la p.118 ; Delaume, supra, note 5, aux pp.32-33 ; Reisman, supra, note 1, aux pp.804-806 ; Feldman, supra, note 48, à la p.110.

²⁶¹ Voir Delaume, supra, note 5, à la p. 33; Reisman, supra, note 1, à la p.805; Broches, supra, note 44, à la p.374.

révision judiciaire, et d'autre part, sur le consensualisme de l'arbitrage du CIRDI. La faculté d'une telle exclusion a été souvent jugée excessive au regard de la sauvegarde des principes fondamentaux de la Convention: l'article 52 peut être considéré comme un garde-fou contre l'arbitraire, l'impartialité ou la corruption des arbitres. En revanche, il serait peut-être plus acceptable aux yeux de certains que les parties puissent exclure certains motifs d'annulation visés par l'article 52, tels que l'excès de pouvoir pour non-respect du droit applicable.²⁶²

Enfin, certains remèdes pratiques ont été apportés aux inconvénients maintes fois dénoncés et résultant de l'absence d'une juridiction de contrôle permanente.²⁶³

D'une part, le Secrétaire général du CIRDI a cherché à introduire davantage de cohérence dans les décisions en incitant le Président du Conseil administratif à désigner les mêmes personnes comme membres des Comités ad hoc, dans la mesure du possible.²⁶⁴ L'article 52(3) prévoit un certain nombre d'incompatibilités fondées sur un risque éventuel ou effectif de conflits d'intérêts, d'où les difficultés de réunir les mêmes personnes au sein des comités ad hoc successifs. Ainsi, il apparaît que deux membres du comité ad hoc MINE - y compris le Président M. Sucharitkul - ont été désignés dans le comité "Kloeckner II", et que M. Sucharitchul a été également désigné comme Président du comité

²⁶² C'est le point de vue de M. Delaume, supra, note 5, à la p.34.

²⁶³ Voir les regrets de Redfern, supra, note 48, à la p.102; Gaillard, supra, note 88, aux pp.190-191; Ouakrat, supra, note 53, à la p.309.

²⁶⁴ Voir Reisman, supra, note 1, aux pp.804-805; Broches, supra, note 44, à la p.392; Paulsson, supra, note 3, à la p. 391; Caron, supra, note 25, à la p.48, spécialement le tableau dressé sur la composition des comités ad hoc successifs. Ce dernier commentateur suggère une réflexion de la part de l'institution du CIRDI sur l'idée de développer une liste d'arbitres acceptant de servir exclusivement dans les instances de contrôle (à la p.54).

ad hoc "Amco II".

D'autre part, des consultations informelles, portant sur la composition des comités ad hoc, se sont développées entre le Secrétaire général et les parties.²⁶⁵ Cette récente pratique présente l'avantage de restaurer une certaine légitimité des comités ad hoc aux yeux des parties intéressées.

Les remèdes adoptés par le Secrétaire général s'avèrent indéniablement efficaces en ce sens qu'ils ont contribué à permettre à la fois d'enrayer l'"hémorragie" des annulations en cascade,²⁶⁶ et de donner une interprétation plus uniforme de la Convention de Washington.²⁶⁷

Le souci de prévenir l'usage dilatoire des recours en annulation explique aussi la mise en pratique de suggestions sur la fourniture de garanties bancaires par la partie désireuse de contester la sentence arbitrale.²⁶⁸ Dans l'affaire Amco c. Indonésie, le comité ad hoc avait accordé un sursis à l'exécution de la sentence sur la base de l'article 52(5), mais à la condition que l'Indonésie fournisse une garantie bancaire de paiement du montant prévu par la sentence au cas où la requête en annulation serait rejetée. Dans l'affaire MINE, le comité ad hoc a

²⁶⁵ Voir Reisman, *ibid.*, à la p. 807; Broches, *ibid.*, à la p. 373.

²⁶⁶ Les comités ad hoc "Kloeckner II" et "Amco II" ont rejeté les nouvelles requêtes en annulation, comme nous l'avons annoncé dans l'introduction. Il importe aussi de souligner l'interprétation restrictive de la notion de "sentence", qui a été retenue par le Secrétaire général. Les possibilités dilatoires sont ainsi rigoureusement circonscrites. En effet, dans l'affaire *SPP. c. Egypte*, le Secrétaire général a déclaré qu'il n'avait pas le pouvoir d'enregistrer la requête en annulation portant sur une décision sur la compétence sur le fondement qu'une décision provisoire n'était pas une "sentence" au regard des objectifs de l'article 52. Voir (1989) 6 News from ICSID, N° 1 à la p.2.; Broches, *supra*, note 44, aux pp.327-328; Caron, *supra*, note 25, à la p.37.

²⁶⁷ M. Caron considère que la perpétuation des "holdings" du comité MINE est véritablement assurée par la composition des derniers comités ad hoc. Il semble tenir de sources confidentielles le fait que le raisonnement du comité ad hoc "Kloeckner II" est très similaire à celui du comité MINE. Voir Caron, *supra*, note 25, à la p.32.

²⁶⁸ Reisman, *supra*, note 1, à la p.804, et *supra*, note 12, à la p.207; Paulsson, *supra*, note 3, à la p.391.

considéré que les circonstances justifiaient la requête en sursis à exécution qui avait été formée par la Guinée. En revanche, le comité ad hoc a refusé d'accorder, en contrepartie, le bénéfice d'une garantie à l'entreprise MINE.²⁶⁹

M. Broches a également émis la proposition suivant laquelle, le comité ad hoc pourrait joindre à sa décision de rejet de la requête en annulation, une condamnation du demandeur à payer des dommages compensatoires ou "punitifs".²⁷⁰

Mais la véritable solution dépend de l'attitude des membres des comités ad hoc eux-mêmes. Les deux premières décisions d'annulation justifiaient amplement les critiques sévères des commentateurs: les comités ad hoc s'étaient attribués le rôle d'une cour d'appel et avaient multiplié abusivement les digressions ésotériques.²⁷¹ Nous avons vu que le troisième Comité ad hoc a prôné une interprétation plus conforme à l'objet et au but de la Convention de Washington, même si la sentence a été annulée. Le changement de cap réalisé par cette décision a été conforté par les deux décisions suivantes, lesquelles ont refusé l'annulation des sentences.

Le retour indéniable à "l'orthodoxie" originelle de la Convention, à savoir la conception - élaborée par ses pères fondateurs - d'un mécanisme de contrôle

²⁶⁹ Le comité ad hoc a eu le souci de ne pas aggraver la situation financière difficile de la Guinée et de ménager la susceptibilité politique d'une partie ayant le statut d'un Etat présumé vouloir faire face à ses engagements internationaux. Voir Broches, supra, note 9, à la p.699; Sturzenegger, supra, note 39, à la p.182.

²⁷⁰ Broches, supra, note 44, à la p.328.

²⁷¹ Voir Broches, supra, note 44, à la p.371: "*an ad hoc committee would do well, in the absence of special reasons to the contrary, to limit itself to its task of determining whether an award is to be annulled and once it has found a ground for annulment not venture beyond a reasoned statement of that decision.*" Voir aussi Paulsson, supra, note 3, à la p.392 et s.

destiné à un usage exceptionnel, ne peut qu'amener les parties futures à faire davantage preuve de prudence dans la décision de former un recours en annulation, *a fortiori* à rechercher une transaction à l'amiable, comme ce fut le cas dans l'affaire *SPP c. Egypte*.

En conclusion, il nous paraît indéniable que l'intérêt majeur et toujours actuel de l'arbitrage du CIRDI réside dans la neutralité de cette institution, avec son cortège de garanties, et l'équilibre atteint entre les intérêts respectifs des États et des investisseurs étrangers. Les reproches exprimés quant aux lourdeurs et à la complexité du mécanisme d'arbitrage du CIRDI doivent être atténués par le fait qu'il s'agit de différends d'origine commerciale ayant la particularité d'impliquer un Etat, et non seulement deux personnes privées.

L'importance économique et financière des projets d'investissement concernés et la sensibilité politique des Etats à la sauvegarde de leurs intérêts justifient la spécificité de cet arbitrage "mixte" par rapport à l'arbitrage commercial international. L'objectif d'efficacité de l'arbitrage du CIRDI ne se mesure pas de façon quasi-exclusive à l'aune du caractère définitif des sentences arbitrales (comme c'est le cas dans l'arbitrage commercial international vu à travers les législations européennes récentes). Il est dans l'intérêt bien compris de la communauté internationale des Etats et des marchands que l'arbitrage du CIRDI sache prendre en considération les soucis, contradictoires et légitimes, d'une justice arbitrale de qualité et de stabilité des sentences arbitrales.

BIBLIOGRAPHIE:

MONOGRAPHIES

Mario Amadio, *Le contentieux international de l'investissement privé et la Convention de la Banque Mondiale du 18 mars 1965*, Paris, L.G.D.J., 1967

René David, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, Economica, 1982.

Yves Dezalay, *Marchands de droit*, Paris, Ed. Fayard, 1991

Stephen Toope, *Mixed International Arbitration: Studies in Arbitration between States and Private Persons*, Cambridge, Grotius, 1990

OUVRAGES COLLECTIFS

Audit, "Jurisprudence arbitrale et droit du développement" dans H. Cassan, *Contrats internationaux et pays en développement*, Paris, Economica, 1989, 115

Béguin, "La logique du régime des voies de recours en matière d'arbitrage commercial international" 242, dans *Etudes offertes à Roger Houin*, Paris, Dalloz, 1985.

David, "Juridictions arbitrales ou juridictions interétatiques?", dans *Arbitrage Commercial, Essais in memoriam Eugenio Mineli*, Ed. Turin, 1974, 109

Kahn, "Le contrôle des sentences arbitrales rendues par un tribunal CIRDI.", dans *La Juridiction Internationale Permanente*, Lyon, éd.

Pedone, 1987 (Colloque S.F.D.I.,Lyon,mai 1986), 363.

Oppetit, "Justice étatique et justice arbitrale", dans *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, 415

L'apport de la jurisprudence arbitrale, Dossiers de l'Institut du Droit et des Pratiques des affaires internationales, Paris, Publication CCI, 1986.

L'administration de la preuve dans les procédures arbitrales internationales, Dossiers de l'Institut du Droit et des Pratiques des affaires internationales, Paris, Publication CCI, 1990.

ARTICLES DE REVUES PERIODIQUES:

Audit, "L'arbitrage transnational et les contrats d'Etat: bilan et perspectives" dans Centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales de l'Académie de droit international de la Haye, *L'arbitrage transnational et les contrats d'Etat*, Dordrecht, Pays-Bas, Kluwer, 1987

Augenblick et Ridgway, "Dispute Resolution in World Financial Institutions"(1993) 10 J. of Int'l Arb. 77

Baker et Yoder, "ICSID Arbitration and the US Multinational Corporation" (1988) 5 J. of Int'l Arb. 81.

Berger, " The International Arbitrators' Application of Precedents" (1992) 9 J.Int'l.Arb. 5

Berlin, " Les contrats d'Etats ("State Contracts") et la protection des

investissements internationaux" (1987) 13 D.P.C.I. 197.

Berranger, "L'article 52 de la Convention de Washington du 18 mars 1965 et les premiers enseignements de sa pratique" (1988), Rev.de l'arbitrage 93.

Bingham, "Reasons and Reasons for Reasons: Differences between a Court Judgment and an Arbitration Award" (1988) 4 Arb. Int'l 141

Boskey et Sella, "Settling Investment Disputes" (1965) 2 The Fund and Bank Review-Finance and Development 129.

Branson et Tupman, "Selecting an Arbitral Forum: a Guide to Cost-effective International Arbitration." (1984) 24 Virg.J. 917.

Broches, "The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States" (1972) 136 Hague Recueil 331.

Broches, "Observations on the finality of ICSID awards"(1991) 6 ICSID Rev.-FILJ 321.

Broches, "Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States of 1965: Explanatory Notes and Survey of its Application"(1993) Yearbook Comm. Arb'n XVIII 627

Bouchez, "The Prospects for International Arbitration: Disputes Between States and Private Enterprises" (1991) 8 J. of Int'l Arb. 81.

Carbonneau, "Arbitral Adjudication: a Comparative Assessment of its Remedial and Substantive Status in Transnational Commerce."(1984) 19 Texas ILJ 33.

Caron, "Reputation and Reality in the ICSID Annulment Process: Understanding the Distinction Between Annulment and Appeal", (1992) 7 ICSID Rev.-FILJ 21

Craig, "Uses and Abuses of Appeal from Awards."(1988) 4 Arbitration Intl 174.

Curtis, "International Investment Disputes - *Res judicata* Effect of Partially Annuled ICSID Award", (1989) 83 A.J.I.L. 106

Delaume, "ICSID Arbitration and the Courts" (1983) 77 A.J.I.L. 784.

Delaume, "The Finality of Arbitration Involving States: Recent Developments" (1989) 5 Arb. Int'l 21.

Feldman, "The Annulment Proceedings and the Finality of ICSID Arbitral Awards." (1987) ICSID Rev.-FILJ 85

Fouchard, "L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981."(1982) 109 JDI 374.

Fouchard, "Où va l'arbitrage international ?" (1989) 34 R.D. Mc Gill 435

Gaillard, "CIRDI: Chronique des sentences arbitrales" (1986) 131 JDI 197

Gaillard, "CIRDI: Chronique des sentences arbitrales" (1987) 114 JDI 135

Gaillard, "CIRDI: Chronique des sentences arbitrales" (1989) 116 JDI 141

Gaillard, " CIRDI: Chronique des sentences arbitrales"(1991) 118 JDI 165

Giardina, "L'exécution des sentences du Centre International pour le règlement des différends relatifs aux investissements" (1982) 71 RCDIP 273

Goekjan, "ICC Arbitration from a practitioner's perspective" (1980) 14 J. Int'l L. & Econ. 381

Lalive et Gaillard, "Le nouveau droit de l'arbitrage international en Suisse", (1989) 4 JDI 905

Loquin, "L'examen du projet de sentence par l'institution et la sentence au deuxième degré. Réflexions sur la nature et la validité de l'intervention de l'institution arbitrale sur la sentence" (1990) Rev. Arb. 427.

Loquin, "Perspectives pour une réforme des voies de recours" (1992) Rev. Arb. 321

Mayer, "Seeking the Middle Ground of Court Control: A Reply to Duncan Wallace" (1991) 7 Arb. Int'l 311

Moore, "International Arbitration between States and Foreign Investors- the World Bank Convention", (1966) 18 Stanford LR 1359

Niggeman, "The ICSID Kloeckner v. Cameroon Award: the Dissenting Opinion" (1984) 1 J. Intl Arb. 331.

Niggeman, "Die dritte Annulierung eines ICSID-Schiedsspruches. Die Entscheidung in Sachen Mine v. Guinea." (1991) 2 IPRAX 77, à la p. 82.

Ouakrat, "La pratique du CIRDI" (1987) 13 DPCI 273.

Park, "Judicial Controls in the Arbitral Process" (1989) 5 Arb. Int'l 230.

Parra, "ICSID and New Trends in International Dispute Settlement"(1993) 10 News from ICSID, n°1, 7.

Paulsson, "The ICSID Kloeckner v. Cameroon Award: the Duties of Partners in North-South Economic Development Agreements"(1984) 1 J.Intl Arb. 145.

Paulsson, "Arbitration Unbound in Belgium" (1986) 2 Arb. Intl 68

Paulsson, "Vicarious Hypochondria and Institutional Arbitration" (1990) 6 Arb. Int'l 226

Paulsson, "ICSID's Achievements and Prospects" (1991) 6 ICSID Review-FILJ 380

Pirrwitz, "Annulment of Arbitral Awards under Article 52 of the Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States.", (1988) 23 Texas Intl LJ 73.

Rambaud, " L'annulation des sentences Kloeckner et Amco" (1986) 32 A.F.D.I. 259 .

Rand, Hornick & Friedland, "ICSID's Emerging Jurisprudence: the Scope of ICSID's Jurisdiction."(1986) 19 J.Int'l.L.& Pol. 33.

Redfern, "ICSID-Losing its Appeal?", (1987) 3 Arb.Intl. 98.

Reisman, "The Breakdown of the Control Mechanism in ICSID Arbitration" (1989) Duke L.J. 739

Reisman, "Repairing ICSID's Control System: Some Comments on Aron Broches' << Observations on the Finality of ICSID Awards >>"(1992), 7 ICSID Rev.-FILJ 196

Samuel, "the 1979 Arbitration Act-Judicial Review of Arbitration Awards on the Merits in England", (1985) 2 J.Intl Arb. 53.

Samuel, "Arbitration in Western Europe- A Generation of Reform"(1991) 7 Arb. Int'l 319

Schatz, "The Effect of the Annulment Decisions in *Amco v. Indonesia* and *Klöckner v. Cameroon* on the Future of the ICSID" (1988), 3 Am.U.J.Int'l L.& Pol'y 481.

Stevenson, "An Introduction to ICC Arbitration"(1980) 14 J.Int'l L.& Econ. 381

Sturzenegger, "ICSID Arbitration and Failure to State Reasons- The Decision of the Ad Hoc Committee in *MINE v. Guinea*"(1992) 9 J. of Int'l Arb. 173

Thieffry, "L'exécution des sentences arbitrales- Eléments de droit comparé."(1983) Revue de l'arbitrage 428

Thieffry, "The finality of Awards in International Arbitration" (1985) 2 J. of Int'l Arb. 27.

Thompson, "The *Kloekner v. Cameroon* Appeal- A Note on Jurisdiction,"(1986) 3 J.Int.Arb. 93.

Tupman, "Cases Studies in the Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes."(1986) 35 Int'l.& Comp. L.Q. 813.

Wallace, "Control by the Courts: A plea for More, not Less"(1990) 6 Arb. Int'l 253

ANNEXES

ARBITRAGE
COMMERCIAL INTERNATIONAL

Procédure civile

Textes

3, 1989 (17)

Fasc. 1078

CHAPITRE IV

DE L'ARBITRAGE

SECTION I. - De la demande d'arbitrage

Art. 36. - 1. Un Etat contractant ou le ressortissant d'un Etat contractant qui désire entamer une procédure d'arbitrage doit adresser par écrit une requête à cet effet au secrétaire général, lequel en envoie copie à l'autre partie.

2. La requête doit contenir des informations concernant l'objet du différend, l'identité des parties et leur consentement à l'arbitrage conformément au règlement de procédure relatif à l'introduction des instances de conciliation et d'arbitrage.

3. Le secrétaire général doit enregistrer la requête sauf s'il estime au vu des informations contenues dans la requête que le différend excède manifestement la compétence du centre. Il doit immédiatement notifier aux parties l'enregistrement ou le refus d'enregistrement.

SECTION II. - De la constitution du tribunal

Art. 37. - 1. Le tribunal arbitral (ci-après dénommé le tribunal) est constitué dès que possible après enregistrement de la requête conformément à l'article 36.

2. a) Le tribunal se compose d'un arbitre unique ou d'un nombre impair d'arbitres nommés conformément à l'accord des parties.

b) A défaut d'accord entre les parties sur le nombre des arbitres et leur mode de nomination, le tribunal comprend trois arbitres ; chaque partie nomme un arbitre et le troisième, qui est le président du tribunal, est nommé par accord des parties.

Art. 38. - Si le tribunal n'a pas été constitué dans les quatre-vingt-dix jours suivant la notification de l'enregistrement de la requête par le secrétaire général conformément à l'article 36 (alinéa 3) ou dans tout autre délai convenu par les parties, le président, à la demande de la partie la plus diligente et, si possible, après consultation des parties, nomme l'arbitre ou les arbitres non encore désignés. Les arbitres nommés par le président conformément aux dispositions du présent article ne doivent pas être ressortissants de l'Etat contractant partie au différend ou de l'Etat contractant dont le ressortissant est partie au différend.

Art. 39. - Les arbitres composant la majorité doivent être ressortissants d'Etats autres que l'Etat contractant partie au différend et que l'Etat contractant dont le ressortissant est partie au différend ; étant entendu néanmoins que cette disposition ne s'applique pas si, d'un commun accord, les parties désignent l'arbitre unique ou chacun des membres du tribunal.

Art. 40. - 1. Les arbitres peuvent être pris hors de la liste des arbitres, sauf au cas de nomination par le président prévu à l'article 38.

2. Les arbitres nommés hors de la liste des arbitres doivent posséder les qualités prévues à l'article 14 (alinéa 1).

SECTION III. - Des pouvoirs
et des fonctions du tribunal

Art. 41. - 1. Le tribunal est juge de sa compétence.

2. Tout déclinatoire de compétence soulevé par l'une des parties et fondé sur le motif que le différend n'est pas de la compétence du centre ou, pour toute autre raison, de celle du tribunal, doit être examiné par le tribunal qui décide s'il doit être traité comme question préalable ou si son examen doit être joint à celui des questions de fond.

Art. 42. - 1. Le tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend, y compris les règles relatives aux conflits

de lois, ainsi que les principes de droit international en la matière.

2. Le tribunal ne peut refuser de juger sous prétexte du silence ou de l'obscurité du droit.

3. Les dispositions des alinéas précédents ne portent pas atteinte à la faculté pour le tribunal si les parties en sont d'accord, de statuer *ex aequo et bono*.

Art. 43. - Sauf accord contraire des parties, le tribunal s'il l'estime nécessaire, peut à tout moment durant les débats :

a) Demander aux parties de produire tous documents ou autres moyens de preuve, et

b) Se transporter sur les lieux et y procéder à telles enquêtes qu'il estime nécessaires.

Art. 44. - Toute procédure d'arbitrage est conduite conformément aux dispositions de la présente section et, sauf accord contraire des parties, au règlement d'arbitrage en vigueur à la date à laquelle elles ont consenti à l'arbitrage. Si une question de procédure non prévue par la présente section ou le règlement d'arbitrage ou tout autre règlement adopté par les parties se pose, elle est tranchée par le tribunal.

Art. 45. - 1. Si l'une des parties fait défaut ou s'abstient de faire valoir ses moyens, elle n'est pas pour autant réputée acquiescer aux prétentions de l'autre partie.

2. Si l'une des parties fait défaut ou s'abstient de faire valoir ses moyens à tout moment de la procédure, l'autre partie peut demander au tribunal de considérer les chefs de conclusions qui lui sont soumises et de rendre sa sentence. Le tribunal doit, en notifiant à la partie défaillante la demande dont il est saisi, accorder à celle-ci un délai de grâce avant de rendre sa sentence, à moins qu'il ne soit convaincu que ladite partie n'a pas l'intention de comparaître ou de faire valoir ses moyens.

Art. 46. - Sauf accord contraire des parties, le tribunal doit, à la requête de l'une d'elles, statuer sur toutes demandes incidentes, additionnelles ou reconventionnelles se rapportant directement à l'objet du différend, à condition que ces demandes soient couvertes par le consentement des parties et qu'elles relèvent par ailleurs de la compétence du centre.

Art. 47. - Sauf accord contraire des parties, le tribunal peut, s'il estime que les circonstances l'exigent, recommander toutes mesures conservatoires propres à sauvegarder les droits des parties.

SECTION IV. - De la sentence

Art. 48. - 1. Le tribunal statue sur toute question à la majorité des voix de tous ses membres.

2. La sentence est rendue par écrit ; elle est signée par les membres du tribunal qui se sont prononcés en sa faveur.

3. La sentence doit répondre à tous les chefs de conclusions soumises au tribunal et doit être motivée.

4. Tout membre du tribunal peut faire joindre à la sentence soit son opinion particulière, qu'il partage ou non l'avis de la majorité, soit la mention de son dissentiment.

5. Le centre ne publie aucune sentence sans le consentement des parties.

Art. 49. - 1. Le secrétaire général, envoie sans délai aux parties copies certifiées conformes de la sentence. La sentence est réputée avoir été rendue le jour de l'envoi desdites copies.

2. Sur requête d'une des parties, à présenter dans les quarante-cinq jours de la sentence, le tribunal peut, après notification à l'autre partie, statuer sur toute question sur laquelle il aurait omis de se prononcer dans la sentence et corriger toute erreur matérielle contenue dans la sentence. Sa décision fait partie intégrante de la sentence et est notifiée aux parties dans les mêmes formes que celle-ci. Les délais prévus à l'article 51 (alinéa 2) et à l'article 52 (alinéa 2) courent à partir de la date de la décision correspondante.

SECTION V. - De l'interprétation, de la révision
et de l'annulation de la sentence

Art. 50. - 1. Tout différend qui pourrait s'élever entre les parties concernant le sens ou la portée de la sentence peut faire l'objet d'une demande en interprétation adressée par écrit au secrétaire général par l'une ou l'autre des parties.

2. La demande est, si possible, soumise au tribunal qui a statué. En cas d'impossibilité, un nouveau tribunal est constitué conformément à la section II du présent chapitre. Le tribunal peut, s'il estime que les circonstances l'exigent, décider de suspendre l'exécution de la sentence jusqu'à ce qu'il se soit prononcé sur la demande en interprétation.

Art. 51. - 1. Chacune des parties peut demander, par écrit, au secrétaire général la révision de la sentence en raison de la découverte d'un fait de nature à exercer une influence décisive sur la sentence, à condition qu'avant le prononcé de la sentence ce fait ait été inconnu du tribunal et de la partie demanderesse et qu'il n'y ait pas eu, de la part de celle-ci, faute à l'ignorer.

2. La demande doit être introduite dans les quatre-vingt-dix jours suivant la découverte du fait nouveau et, en tout cas, dans les trois ans suivant la date de la sentence.

3. La demande est, si possible, soumise au tribunal ayant statué. En cas d'impossibilité, un nouveau tribunal est constitué conformément à la section II du présent chapitre.

4. Le tribunal peut, s'il estime que les circonstances l'exigent, décider de suspendre l'exécution de la sentence jusqu'à ce qu'il se soit prononcé sur la demande en révision. Si, dans sa demande, la partie en cause requiert qu'il soit sursis à l'exécution de la sentence, l'exécution est provisoirement suspendue jusqu'à ce que le tribunal ait statué sur ladite requête.

Art. 52. - 1. Chacune des parties peut demander, par écrit, au secrétaire général l'annulation de la sentence pour l'un quelconque des motifs suivants :

- a) Vice dans la constitution du tribunal ;
- b) Excès de pouvoir manifeste du tribunal ;
- c) Corruption d'un membre du tribunal ;
- d) Inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure ;
- e) Défaut de motifs.

2. Toute demande doit être formée dans les cent vingt jours suivant la date de la sentence, sauf si l'annulation est demandée pour cause de corruption, auquel cas ladite demande doit être présentée dans les cent vingt jours suivant la découverte de la corruption, et en tout cas, dans les trois ans suivant la date de la sentence.

3. Au reçu de la demande, le président nomme immédiatement parmi les personnes dont les noms figurent sur la liste des arbitres un comité *ad hoc* de trois membres. Aucun membre dudit comité ne peut être choisi parmi les membres du tribunal ayant rendu la sentence, ni posséder la même nationalité qu'un des membres dudit tribunal ni celle de l'Etat partie au différend ou de l'Etat dont le ressortissant est partie au différend, ni avoir été désigné pour figurer sur la liste des arbitres par l'un desdits Etats, ni avoir rempli les fonctions de conciliateur dans la même affaire. Le comité est habilité à annuler la sentence en tout ou en partie pour l'un des motifs énumérés à l'alinéa 1 du présent article.

4. Les dispositions des articles 41-45, 48, 49, 53 et 54 et des chapitres VI et VII s'appliquent *mutatis mutandis* à la procédure devant le comité.

5. Le comité peut, s'il estime que les circonstances l'exigent, décider de suspendre l'exécution de la sentence jusqu'à ce qu'il se soit prononcé sur la demande en annulation. Si, dans sa demande, la partie en cause requiert qu'il soit sursis à l'exécution de la sentence, l'exécution est provisoirement suspendue jusqu'à ce que le comité ait statué sur ladite requête.

6. Si la sentence est déclarée nulle, le différend est, à la requête de la partie la plus diligente, soumis à un nouveau tribunal constitué conformément à la section II du présent chapitre.

SECTION VI. - De la reconnaissance
et de l'exécution de la sentence

Art. 53. - 1. La sentence est obligatoire à l'égard des parties et ne peut être l'objet d'aucun appel ou autre recours, à l'exception de ceux prévus à la présente convention. Chaque partie

doit donner effet à la sentence conformément à ses termes, sauf si l'exécution en est suspendue en vertu des dispositions de la présente convention.

2. Aux fins de la présente section, une « sentence » inclut toute décision concernant l'interprétation, la révision ou l'annulation de la sentence prise en vertu des articles 50, 51 ou 52.

Art. 54. - 1. Chaque Etat contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente convention comme obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit Etat. Un Etat contractant ayant une constitution fédérale peut assurer l'exécution de la sentence par l'entremise de ses tribunaux fédéraux et prévoir que ceux-ci devront considérer une telle sentence comme un jugement définitif des tribunaux de l'un des Etats fédérés.

2. Pour obtenir la reconnaissance et l'exécution d'une sentence sur le territoire d'un Etat contractant, la partie intéressée doit en présenter copie certifiée conforme par le secrétaire général au tribunal national compétent ou à toute autre autorité que ledit Etat contractant aura désigné à cet effet. Chaque Etat contractant fait savoir au secrétaire général le tribunal compétent ou les autorités qu'il désigne à cet effet et le tient informé des changements éventuels.

3. L'exécution est régie par la législation concernant l'exécution des jugements en vigueur dans l'Etat sur le territoire duquel on cherche à y procéder.

Art. 55. - Aucune des dispositions de l'article 54 ne peut être interprétée comme faisant exception au droit en vigueur dans un Etat contractant concernant l'immunité d'exécution dudit Etat ou d'un Etat étranger.

CHAPITRE V

DU REMPLACEMENT ET DE LA RÉCUPÉRATION
DES CONCILIEATEURS ET DES ARBITRES

Art. 56. - 1. Une fois qu'une commission ou un tribunal a été constitué et la procédure engagée, sa composition ne peut être modifiée. Toutefois, en cas de décès, d'incapacité ou de démission d'un conciliateur ou d'un arbitre, il est pourvu à la vacance selon les dispositions du chapitre III (section II) ou du chapitre IV (section II).

2. Tout membre d'une commission ou d'un tribunal continue à remplir ses fonctions en cette qualité nonobstant le fait que son nom n'apparaisse plus sur la liste.

3. Si un conciliateur ou un arbitre nommé par une partie démissionne sans l'assentiment de la commission ou du tribunal dont il est membre, le président pourvoit à la vacance en prenant un nom sur la liste appropriée.

Art. 57. - Une partie peut demander à la commission ou au tribunal la récusation d'un de ses membres pour tout motif impliquant un défaut manifeste des qualités requises par l'article 14 (alinéa 1). Une partie à une procédure d'arbitrage peut, en outre, demander la récusation d'un arbitre pour le motif qu'il ne remplissait pas les conditions fixées à la section II du chapitre IV pour la nomination au tribunal arbitral.

Art. 58. - Les autres membres de la commission ou du tribunal, selon le cas, se prononcent sur toute demande en récusation d'un conciliateur ou d'un arbitre. Toutefois, en cas de partage égal des voix, ou si la demande en récusation vise un conciliateur ou un arbitre unique ou une majorité de la commission ou du tribunal, la décision est prise par le président. Si le bien-fondé de la demande est reconnu, le conciliateur ou l'arbitre visé par la décision est remplacé conformément aux dispositions du chapitre III (section II) ou du chapitre IV (section II).

CHAPITRE VI

DES FRAIS DE PROCÉDURE

Art. 59. - Les redevances dues par les parties pour l'utilisation des services du centre sont fixées par le secrétaire général conformément aux règlements adoptés en la matière par le conseil administratif.

Art. 60. - 1. Chaque commission et chaque tribunal fixe les honoraires et frais de ses membres dans les limites qui sont définies par le conseil administratif et après consultation du secrétaire général.

ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL

Textes

3, 1989 (19)

Procédure civile

Fasc. 1078

2. Nonobstant les dispositions de l'alinéa précédent, les parties peuvent fixer par avance, en accord avec la commission ou le tribunal, les honoraires et frais de ses membres.

Art. 61. — 1. Dans le cas d'une procédure de conciliation les honoraires et frais des membres de la commission ainsi que les redevances dues pour l'utilisation des services du centre sont supportés à parts égales par les parties. Chaque partie supporte toutes les autres dépenses qu'elle expose pour les besoins de la procédure.

2. Dans le cas d'une procédure d'arbitrage le tribunal fixe, sauf accord contraire des parties, le montant des dépenses exposées par elles pour les besoins de la procédure et décide des modalités de répartition et de paiement desdites dépenses, des honoraires et frais des membres du tribunal et des redevances dues pour l'utilisation des services du centre. Cette décision fait partie intégrante de la sentence.

CHAPITRE VII

DU LIEU DE LA PROCÉDURE

Art. 62. — Les procédures de conciliation et d'arbitrage se déroulent au siège du centre, sous réserve des dispositions qui suivent.

Art. 63. — Si les parties en décident ainsi, les procédures de conciliation et d'arbitrage peuvent se dérouler :

a) Soit au siège de la cour permanente d'arbitrage ou de toute autre institution appropriée, publique ou privée, avec laquelle le centre aura conclu des arrangements à cet effet ;

b) Soit en tout autre lieu approuvé par la commission ou le tribunal après consultation du secrétaire général.

CHAPITRE VIII

DIFFÉRENDS ENTRE ETATS CONTRACTANTS

Art. 64. — Tout différend qui pourrait surgir entre les Etats contractants quant à l'interprétation ou l'application de la présente convention et qui ne serait pas résolu à l'amiable est porté devant la Cour internationale de justice à la demande de toute partie au différend, à moins que les Etats intéressés ne conviennent d'une autre méthode de règlement.

CHAPITRE IX

AMENDEMENTS

Art. 65. — Tout Etat contractant peut proposer des amendements à la présente convention. Tout texte d'amendement doit être communiqué au secrétaire général quatre-vingt-dix jours au moins avant la réunion du conseil administratif au cours de laquelle ledit amendement doit être examiné, et doit être immédiatement transmis par lui à tous les membres du conseil administratif.

Art. 66. — 1. Si le conseil administratif le décide à la majorité des deux tiers de ses membres, l'amendement proposé est distribué à tous Etats contractants aux fins de ratification, d'acceptation ou d'approbation. Chaque amendement entre en vigueur trente jours après l'envoi par le dépositaire de la présente convention d'une notice adressée aux Etats contractants les informant que tous les Etats contractants ont ratifié, accepté ou approuvé l'amendement.

2. Aucun amendement ne peut porter atteinte aux droits et obligations d'un Etat contractant, d'une collectivité publique ou d'un organisme dépendant de lui ou d'un de ses ressortissants, aux termes de la présente convention qui découlent d'un consentement à la compétence du centre donné avant la date d'entrée en vigueur dudit amendement.

CHAPITRE X

DISPOSITIONS FINALES

Art. 67. — La présente convention est ouverte à la signature des Etats membres de la banque. Elle est également ouverte à la signature de tout autre Etat partie au statut de la Cour internationale de justice que le conseil administratif, à la majorité des deux tiers de ses membres, aura invité à signer la convention.

Art. 68. — 1. La présente convention est soumise à la ratification, à l'acceptation ou à l'approbation des Etats signataires conformément à leurs procédures constitutionnelles.

2. La présente convention entrera en vigueur trente jours après la date du dépôt du vingtième instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation. A l'égard de tout Etat déposant ultérieurement son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation, elle entrera en vigueur trente jours après la date dudit dépôt.

Art. 69. — Tout Etat contractant doit prendre les mesures législatives ou autres qui seraient nécessaires en vue de donner effet sur son territoire aux dispositions de la présente convention.

Art. 70. — La présente convention s'applique à tous les territoires qu'un Etat contractant représente sur le plan international, à l'exception de ceux qui sont exclus par ledit Etat par notification adressée au dépositaire de la présente convention, soit au moment de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation, soit ultérieurement.

Art. 71. — Tout Etat contractant peut dénoncer la présente convention par notification adressée au dépositaire de la présente convention. La dénonciation prend effet six mois après réception de ladite notification.

Art. 72. — Aucune notification par un Etat contractant en vertu des articles 70 et 71 ne peut porter atteinte aux droits et obligations dudit Etat, d'une collectivité publique ou d'un organisme dépendant de lui ou d'un de ses ressortissants, aux termes de la présente convention qui découlent d'un consentement à la compétence du centre donné par l'un d'eux antérieurement à la réception de ladite notification par le dépositaire.

Art. 73. — Les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation de la présente convention et de tous amendements qui y seraient apportés seront déposés auprès de la banque, laquelle agira en qualité de dépositaire de la présente convention. Le dépositaire transmettra des copies de la présente convention certifiées conformes aux Etats membres de la banque et à tout autre Etat invité à signer la convention.

Art. 74. — Le dépositaire enregistrera la présente convention auprès du secrétariat des Nations Unies conformément à l'article 102 de la Charte des Nations Unies et aux règlements y afférents adoptés par l'assemblée générale.

Art. 75. — Le dépositaire donnera notification à tous les Etats signataires des informations concernant :

a) Les signatures conformément à l'article 67 ;

b) Le dépôt des instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation conformément à l'article 73 ;

c) la date d'entrée en vigueur de la présente convention conformément à l'article 68 ;

d) Les exclusions de l'application territoriale conformément à l'article 70 ;

e) La date d'entrée en vigueur de tout amendement à la présente convention conformément à l'article 66 ;

f) Les dénonciations conformément à l'article 71.

Fait à Washington en anglais, espagnol et français, les trois textes faisant également foi, en un seul exemplaire, qui demeurera déposé aux archives de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement,

WASHINGTON CONVENTION OF 1965

LIST OF CONTRACTING STATES AND SIGNATORIES

(as of 7 January 1993)¹

<i>State</i>	<i>Signature</i>	<i>Deposit of Ratification</i>	<i>Entry into force of Convention</i>
Afghanistan	30 Sep. 1966	25 June 1968	25 July 1968
Albania	15 Oct. 1991	15 Oct. 1991	14 Nov. 1991
Argentina	21 May 1991		
Armenia	16 Sep. 1992	16 Sep. 1992	16 Oct. 1992
Australia	24 Mar. 1975	2 May 1991	1 June 1991
Austria	17 May 1966	25 May 1971	24 June 1971
Azerbaijan	18 Sep. 1992	18 Sep. 1992	18 Oct. 1992
Bangladesh	20 Nov. 1979	27 Mar. 1980	26 Apr. 1980
Barbados	13 May 1981	1 Nov. 1983	1 Dec. 1983
Belarus	10 July 1992	10 July 1992	9 Aug. 1992
Belgium	15 Dec. 1965	27 Aug. 1970	26 Sep. 1970
Belize	19 Dec. 1986		
Benin, People's Republic of	10 Sep. 1965	6 Sep. 1966	14 Oct. 1966
Bolivia	3 May 1991		
Botswana	15 Jan. 1970	15 Jan. 1970	14 Feb. 1970
Burkina Faso	16 Sep. 1965	29 Aug. 1966	14 Oct. 1966

1. This information reported by the Editorial Staff of the Yearbook is provided by the International Centre for the Settlement of Investment Disputes. Countries that have signed or ratified the Convention in the course of 1992 are indicated in boldface type.

WASHINGTON CONVENTION OF 1965

LIST OF CONTRACTING STATES AND SIGNATORIES

(as of 7 January 1993)¹

<i>State</i>	<i>Signature</i>	<i>Deposit of Ratification</i>	<i>Entry into force of Convention</i>
Afghanistan	30 Sep. 1966	25 June 1968	25 July 1968
Albania	15 Oct. 1991	15 Oct. 1991	14 Nov. 1991
Argentina	21 May 1991		
Armenia	16 Sep. 1992	16 Sep. 1992	16 Oct. 1992
Australia	24 Mar. 1975	2 May 1991	1 June 1991
Austria	17 May 1966	25 May 1971	24 June 1971
Azerbaijan	18 Sep. 1992	18 Sep. 1992	18 Oct. 1992
Bangladesh	20 Nov. 1979	27 Mar. 1980	26 Apr. 1980
Barbados	13 May 1981	1 Nov. 1983	1 Dec. 1983
Belarus	10 July 1992	10 July 1992	9 Aug. 1992
Belgium	15 Dec. 1965	27 Aug. 1970	26 Sep. 1970
Belize	19 Dec. 1986		
Benin, People's Republic of	10 Sep. 1965	6 Sep. 1966	14 Oct. 1966
Bolivia	3 May 1991		
Botswana	15 Jan. 1970	15 Jan. 1970	14 Feb. 1970
Burkina Faso	16 Sep. 1965	29 Aug. 1966	14 Oct. 1966

1. This information reported by the Editorial Staff of the Yearbook is provided by the International Centre for the Settlement of Investment Disputes. Countries that have signed or ratified the Convention in the course of 1992 are indicated in boldface type.

COURT DECISIONS ON THE WASHINGTON CONVENTION 1965

Burundi	17 Feb. 1967	5 Nov. 1969	5 Dec. 1969
Cameroon	23 Sep. 1965	3 Jan. 1967	2 Feb. 1967
Central African Republic	26 Aug. 1965	23 Feb. 1966	14 Oct. 1966
Chad	12 May 1966	29 Aug. 1966	14 Oct. 1966
Chile	25 Jan. 1991	24 Sep. 1991	24 Oct. 1991
China, People's Republic of	9 Feb. 1990 ²	7 Jan. 1993	6 Feb. 1993
Comoros	26 Sep. 1978	7 Nov. 1978	7 Dec. 1978
Congo, People's Republic of	27 Dec. 1965	23 June 1966	14 Oct. 1966
Costa Rica	29 Sep. 1981		
Côte d'Ivoire	30 June 1965	16 Feb. 1966	14 Oct. 1966
Cyprus	9 Mar. 1966	25 Nov. 1966	25 Dec. 1966
Czech and Slovak Federal Republic	13 May 1991	9 Mar. 1992	8 Apr. 1992
Denmark	11 Oct. 1965	24 Apr. 1968	24 May 1968 ³
Ecuador	15 Jan. 1986	15 Jan. 1986	14 Feb. 1986
Egypt, Arab Republic of	11 Feb. 1972	3 May 1972	2 June 1972
El Salvador	9 June 1982	6 Mar. 1984	5 Apr. 1984
Estonia	23 June 1992	23 June 1992	22 July 1992
Ethiopia	21 Sep. 1965		
Fiji	1 July 1977	11 Aug. 1977	10 Sep. 1977
Finland	14 July 1967	9 Jan. 1969	8 Feb. 1969
France	22 Dec. 1965	21 Aug. 1967	20 Sep. 1967
Gabon	21 Sep. 1965	4 Apr. 1966	14 Oct. 1966

2. The Convention was signed on behalf of the Republic of China on 13 January 1966 and ratified on 10 December 1968. At its fourteenth Annual Meeting on 2 October 1980, the Administrative Council considered a communication received from the People's Republic of China, decided that the Republic of China be removed from the list of Contracting States and noted that, pending study by the Government of the People's Republic of the possibility of becoming a party to the Convention, China was not a Contracting State. The People's Republic of China signed the Convention on 9 February 1990.

On ratifying the Convention, China notified ICSID "that, pursuant to Article 25(4) of the Convention, the Chinese Government would only consider submitting to the jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes disputes over compensation resulting from expropriation and nationalization."

3. Denmark excluded, by a notification received on 15 May 1968, the Farøe Islands; by a notification received on 30 October 1968, Denmark extended the application of the Convention to the Farøe Islands as of 1 January 1969.

LIST OF CONTRACTING STATES

Gambia, The	1 Oct. 1974	27 Dec. 1974	26 Jan. 1975
Georgia	7 Aug. 1992	7 Aug. 1992	6 Sep. 1992
Germany	27 Jan. 1966	18 Apr. 1969	18 May 1969 ⁴
Ghana	26 Nov. 1965	13 July 1966	14 Oct. 1966
Greece	16 Mar. 1966	21 Apr. 1969	21 May 1969
Grenada	24 May 1991	24 May 1991	23 June 1991
Guinea	27 Aug. 1968	4 Nov. 1968	4 Dec. 1968
Guinea-Bissau	4 Sep. 1991		
Guyana	3 July 1969	11 July 1969	10 Aug. 1969
Haiti	30 Jan. 1985		
Honduras	28 May 1986	14 Feb. 1989	16 Mar. 1989
Hungary	1 Oct. 1986	4 Feb. 1987	6 Mar. 1987
Iceland	25 July 1966	25 July 1966	14 Oct. 1966
Indonesia	16 Feb. 1968	28 Sep. 1968	28 Oct. 1968
Ireland	30 Aug. 1966	7 Apr. 1981	7 May 1981
Israel	16 June 1980	22 June 1983	22 July 1983
Italy	18 Nov. 1965	29 Mar. 1971	28 Apr. 1971
Jamaica	23 June 1965	9 Sep. 1966	14 Oct. 1966
Japan	23 Sep. 1965	17 Aug. 1967	16 Sep. 1967
Jordan	14 July 1972	30 Oct. 1972	29 Nov. 1972
Kazakhstan	23 July 1992		
Kenya	24 May 1966	3 Jan. 1967	2 Feb. 1967
Korea, Republic of	18 Apr. 1966	21 Feb. 1967	23 Mar. 1967
Kuwait	9 Feb. 1978	2 Feb. 1979	4 Mar. 1979
Lesotho	19 Sep. 1968	8 July 1969	7 Aug. 1969
Liberia	3 Sep. 1965	16 June 1970	16 July 1970
Lithuania	6 July 1992	6 July 1992	5 Aug. 1992
Luxembourg	28 Sep. 1965	30 July 1970	29 Aug. 1970
Madagascar	1 June 1966	6 Sep. 1966	14 Oct. 1966
Malawi	9 June 1966	23 Aug. 1966	14 Oct. 1966
Malaysia	22 Oct. 1965	8 Aug. 1966	14 Oct. 1966
Mali	9 Apr. 1976	3 Jan. 1978	2 Feb. 1978

4. On 3 October 1990, Germany notified the Centre "that, through the accession of the German Democratic Republic to the Federal Republic of Germany with effect from 3 October 1990, the two German States have unified to form one sovereign State, which as a single member of the International Centre for Settlement of Investment Disputes remains bound by the provisions of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. As from the date of unification, the Federal Republic of Germany will act in the International Centre for Settlement of Investment Disputes under the designation of 'Germany'."

COURT DECISIONS ON THE WASHINGTON CONVENTION 1965

Mauritania	30 July 1965	11 Jan. 1966	14 Oct. 1966
Mauritius	2 June 1969	2 June 1969	2 July 1969 ⁵
Moldova	12 Aug. 1992		
Mongolia, People's Republic of	14 June 1991	14 June 1991	14 July 1991
Morocco	11 Oct. 1965	11 May 1967	10 June 1967
Nepal	28 Sep. 1965	7 Jan. 1969	6 Feb. 1969
Netherlands	25 May 1966	14 Sep. 1966	14 Oct. 1966 ⁶
New Zealand	2 Sep. 1970	2 Apr. 1980	2 May 1980 ⁷
Niger	23 Aug. 1965	14 Nov. 1966	14 Dec. 1966
Nigeria	13 July 1965	23 Aug. 1965	14 Oct. 1966
Norway	24 June 1966	16 Aug. 1967	15 Sep. 1967
Pakistan	6 July 1965	15 Sep. 1966	15 Oct. 1966
Papua New Guinea	20 Oct. 1978	20 Oct. 1978	19 Nov. 1978
Paraguay	27 July 1981	7 Jan. 1983	6 Feb. 1983
Peru	4 Sep. 1991		
Philippines	26 Sep. 1978	17 Nov. 1978	17 Dec. 1978
Portugal	4 Aug. 1983	2 July 1984	1 Aug. 1984
Romania	6 Sep. 1974	12 Sep. 1975	12 Oct. 1975
Russian Federation	16 June 1992		
Rwanda	21 Apr. 1978	15 Oct. 1979	14 Nov. 1979
Saudi Arabia	28 Sep. 1979	8 May 1980	7 June 1980
Senegal	26 Sep. 1966	21 Apr. 1967	21 May 1967
Seychelles	16 Feb. 1978	20 Mar. 1978	19 Apr. 1978
Sierra Leone	27 Sep. 1965	2 Aug. 1966	14 Oct. 1966
Singapore	2 Feb. 1968	14 Oct. 1968	13 Nov. 1968
Solomon Islands	12 Nov. 1979	8 Sep. 1981	8 Oct. 1981
Somalia	27 Sep. 1965	29 Feb. 1968	30 Mar. 1968
Sri Lanka	30 Aug. 1967	12 Oct. 1967	11 Nov. 1967

5. Until Mauritius attained its independence on 12 March 1968, it was covered by ratification of the United Kingdom.
6. On depositing its instrument of ratification, the Netherlands restricted the application of the Convention to the Kingdom in Europe; by a notification received on 22 May 1970, the Netherlands withdrew that restriction and thus extended the application of the Convention to Surinam and the Netherlands Antilles; Surinam having attained independence on 25 November 1975, the Convention ceased to be applicable to Surinam as of that date. (*Note General Editor*. Compare with n. 13 at p. 329).
7. On depositing its instrument of ratification, New Zealand, pursuant to Art. 70 of the Convention, excluded from its coverage the Cook Islands, Niue and Tokelau.

LIST OF CONTRACTING STATES

St. Lucia	4 June 1984	14 June 1984	4 July 1984 ⁸
Sudan	15 Mar. 1967	9 Apr. 1973	9 May 1973
Swaziland	3 Nov. 1970	14 June 1971	14 July 1971 ⁹
Sweden	25 Sep. 1965	29 Dec. 1966	28 Jan. 1967
Switzerland	22 Sep. 1967	15 May 1968	14 June 1968
Tanzania	10 Jan. 1992	18 May 1992	17 June 1992
Thailand	6 Dec. 1985		
Togo	24 Jan. 1966	11 Aug. 1967	10 Sep. 1967
Tonga	1 May 1989	21 Mar. 1990	20 Apr. 1990
Trinidad and Tobago	5 Oct. 1966	3 Jan. 1967	2 Feb. 1967
Tunisia	5 May 1965	22 June 1966	14 Oct. 1966
Turkey	24 June 1987	3 Mar. 1989	2 Apr. 1989 ¹⁰
Turkmenistan	26 Sep. 1992	26 Sep. 1992	26 Oct. 1992
Uganda	7 June 1966	7 June 1966	14 Oct. 1966
United Arab Emirates	23 Dec. 1981	23 Dec. 1981	22 Jan. 1982
United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland	26 May 1965	19 Dec. 1966	18 Jan. 1967 ¹¹
United States of America	27 Aug. 1965	10 June 1966	14 Oct. 1966
Uruguay	28 May 1992		
Western Samoa	3 Feb. 1978	25 Apr. 1978	25 May 1978
Yugoslavia	21 Mar. 1967	21 Mar. 1967	20 Apr. 1967

8. Until St. Lucia attained its independence on 22 February 1979, it was covered by the ratification of the United Kingdom.
9. Until Swaziland attained its independence on 6 September 1968, it was covered by the ratification of the United Kingdom.
10. On ratifying the Convention, Turkey declared that: "With respect to Article 64 of the Convention, the Government of Turkey is of the opinion that the disputes which may arise from the interpretation and application of the Convention can be solved through meaningful negotiations between the parties to the dispute, without the need of having recourse to third party settlement."
11. The United Kingdom, pursuant to Art. 70 of the Convention, excluded from its coverage the following territories for whose international relations it is responsible: Jersey, Isle of Man, British Indian Ocean Territory, Pitcairn Islands, British Antarctic Territory, Sovereign Base Areas of Cyprus. By notifications received on 27 June 1979, and 17 November 1983, respectively, the United Kingdom extended the application of the Convention to Jersey as of 1 July 1979, and to the Isle of Man as of 1 November 1983.

COURT DECISIONS ON THE WASHINGTON CONVENTION 1965

Zaire	29 Oct. 1968	29 Apr. 1970	29 May 1970
Zambia	17 June 1970	17 June 1970	17 July 1970
Zimbabwe	25 Mar. 1991		