

APPEL OU ANNULATION
DES SENTENCES CIRDI ?
RETOUR SUR UN DEBAT SANS CONCLUSION*

ALAIN PELLET

*Professeur à l'Université Paris-Ouest, Nanterre-La Défense ;
Ancien président de la Commission du Droit international des Nations Unies ;
Associé de l'Institut de droit international***

Charles Leben est certainement l'un de ceux qui, parmi les internationalistes français, a le mieux pris la mesure de l'« évolution formidable [qui] s'est produite dans » le droit des investissements, « évolution qui a des implications majeures sur la nature et le fonctionnement du droit international, même si cela n'est pas encore connu ou reconnu par tous les internationalistes »¹. Spécialiste incontesté du droit des investissements, auxquels il a consacré de nombreuses études², il a déploré que, par contraste avec l'Organe de règlement des différends de l'OMC, le CIRDI, « principal centre mondial de règlement » des litiges portant sur les investissements

* La présente contribution reprend pour l'essentiel le texte d'une communication à un colloque organisé dans le cadre du British Institute of International and Comparative Law le 3 novembre 2011 (« Why Still ICSID ? ») ; il est également publié en anglais sous le titre « Annulment *Faute de Mieux* - Is There a Need for an Appeals Facility ? » in N. J. Calamita, D. Earnest & M. Burgstaller (dir.), *The Future of ICSID and the Place of Investment Treaties in International Law*, Investment Treaty Law Current Issues IV, British Institute of International and Comparative Law, 2013, pp. 255-274.

** Je tiens à remercier très vivement Benjamin Samson pour l'aide qu'il m'a apportée dans la préparation de cette contribution.

¹ Ch. LEBEN, « La responsabilité internationale de l'Etat sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements », *AFDI*, vol. 50, 2004, p. 683.

² Voy. not. Ch. LEBEN, « Retour vers la notion de contrat d'Etat et sur le droit applicable à celui-ci » in *Mélanges offerts à Hubert Thierry. L'évolution du droit international*, Paris, Pedone, 1998, pp. 247-280 ; « L'évolution du droit international des investissements » in SFDI, *Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre*, Paris, Pedone, 1999, pp. 7-32 ; « Quelques réflexions théoriques à propos du contrat d'Etat » in P. Kahn, E. Loquin, Ch. Leben & M. Salem (dir.), *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle. A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI - Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Dijon, Litec, 2000, pp. 119-175 ; « La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements », *RCADI*, t. 302, 2003, pp. 197-386 ; voy. aussi Ch. LEBEN (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2006, 396 p. (et ses contributions dans cet ouvrage : « L'évolution du droit international des investissements : un rapide survol », pp. 9-21 et « La liberté normative de l'Etat et la question de l'expropriation indirecte », pp. 163-183) ; Ch. LEBEN, *The Advancement of International Law*, Oxford, Hart, 2010, xii-333 p. et Ch. LEBEN (dir.), *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux - Aspects récents*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, 345 p.

internationaux³, n'offre pas une voie d'appel et ne connaisse qu'une procédure d'annulation⁴.

Le sujet est fort délicat – pas tant du fait de sa technicité : il soulève d'intéressants problèmes de droit, mais pas davantage que nombre de problématiques de « droit du CIRDI » et, probablement, beaucoup moins que certaines autres. Si ce thème est particulièrement sensible, c'est parce qu'il s'agit d'un thème brûlant sur lequel universitaires et praticiens ont des positions radicalement opposées – opposition qui s'apparente dans certains cas à une véritable guerre de religion. En ce qui me concerne, je n'ai pas de religion ; n'ayant jamais siégé dans un Comité *ad hoc* (ni eu de sentence annulée !), j'ai, sur le sujet, des vues dépourvues de toute arrière-pensée.

Pour simplifier, le débat oppose d'un côté les analystes qui prêchent une interprétation stricte de l'article 52 de la convention CIRDI et, de l'autre, ceux qui prônent une interprétation dynamique de cette disposition qui transformerait de fait la procédure d'annulation en une procédure d'appel. N'étant pas croyant, je vois les avantages et les inconvénients de l'une comme de l'autre de ces deux positions même si force est de constater que la seconde relève probablement davantage de la *lex ferenda* que de la *lex lata*.

Ma position peut être résumée en deux propositions qui me paraissent équilibrées :

(1) il est sans doute nécessaire de réformer le mécanisme d'annulation du CIRDI – et l'un des changements possibles pourrait être la mise en place d'une véritable procédure d'appel ; mais

(2) tant qu'une telle procédure n'aura pas été instituée, si elle l'est jamais, il faut admettre qu'une annulation n'est pas un appel et tirer fermement les conséquences de la distinction.

I. POUR L'IMPROBABLE RÉFORME DU MÉCANISME D'ANNULATION DU CIRDI

Je suis convaincu que la plupart des critiques faites au mécanisme d'annulation du CIRDI n'auraient, pour une large part, plus lieu d'être si un mécanisme d'appel était institué. C'est vrai pour la principale (et, de mon point de vue, la plus fondée) des critiques qui lui sont adressées et qui pointe les contradictions dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI ou assimilés, qu'elles concernent la compétence ou les principes substantiels du droit des investissements. Sans revenir en détail sur cette question largement traitée en doctrine⁵, il suffit de

³ Ch. LEBEN, « La responsabilité internationale de l'Etat sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements », *AFDI*, vol. 50, 2004, p. 685.

⁴ *Ibidem*, p. 714.

⁵ Voy. e.g. S. D. FRANCK, « The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions », *Fordham Law Review*, n° 73, 2005,

penser aux décisions contradictoires dans les affaires *Lauder* et *CME* (sur la reconnaissance de la responsabilité de l'Etat hôte)⁶, ou dans les deux affaires *SGS* (sur la portée de la clause parapluie)⁷, ou encore à la jurisprudence oscillante sur le contenu du principe du traitement juste et équitable⁸ ou sur la portée de la clause de la nation la plus favorisée⁹.

Il est de fait que l'actuel mécanisme d'annulation ne permet pas de maîtriser la floraison anarchique de la jurisprudence CIRDI. Comme l'a relevé le Comité *ad hoc* dans l'affaire *M.C.I. Power Group* :

« *The annulment mechanism is not designed to bring about consistency in the interpretation and application of international investment law. The responsibility for ensuring consistency in the jurisprudence and for building a coherent body of law rests primarily with the investment tribunals. They are assisted in their task by the development of a common legal opinion and the progressive emergence of 'une jurisprudence constante', as the Tribunal in SGS v. Philippines declared* »¹⁰.

pp. 1529-1547 ; D. B. KING, « Consistency of Awards in Cases of Parallel Proceedings concerning Related Subject Matters » in E. Gaillard & A.V. Schlaepfer (dir.), *Towards a Uniform International Arbitration Law?*, New York, Juris, 2005, pp. 293-317 ; G. KAUFMANN-KOHLER, « Is Consistency a Myth? » in E. Gaillard & Y. Banifatemi (dir.), *Precedent in international arbitration : IAI Seminar, Paris - December 14, 2007*, Huntington, Juris, 2008, pp. 137-147 ; H. MANN, « Transparency and Consistency in International Investment Law : Can the Problems be fixed by Tinkering? » in K.P. Sauvart (dir.), *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, New York, OUP, 2008, pp. 213-221 ; J. PAULSSON, « The Role of Precedent in Investment Arbitration » in K. Yannaca-Small (dir.), *Arbitration under International Investment Agreements: a Guide to the Key Issues*, Oxford UP, 2010, pp. 699-718 ; C. C. SCHUETZ, « Legitimacy and Inconsistency: is Investment Treaty Arbitration Broken and Can It Be 'Fixed'? Is The ICSID Annulment Mechanism Broken and Could It Be Improved? », in I. A. Laird & T. J. Weiler (dir.), *Investment Treaty Arbitration and International Law*, Huntington, NY, JurisNet, vol. 5, 2012, pp. 259-280 ; Y. BANIFATEMI, « Consistency in the Interpretation of Substantive Investment Rules: is it Achievable? » in R. Ehandi & P. Sauvé (dir.), *Prospects in International Investment Law and Policy*, Cambridge University Press, 2013, pp. 200-227 et C. SCHREUER, « Coherence and Consistency in International Investment Law » in R. Ehandi & P. Sauvé (dir.), *ibid.*, pp. 391-402.

⁶ Comp. *Lauder c. République Tchèque* (CNUDCI - LCIA), 3 septembre 2001 et *CME c. République Tchèque* (CNUDCI - CCI Stockholm), 13 septembre 2001.

⁷ Comp.: *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. République islamique du Pakistan*, aff. CIRDI n° ARB/01/13, décision sur la compétence, 6 août 2003 et *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. République des Philippines*, aff. CIRDI n° ARB/02/6, décision sur la compétence, 29 janvier 2004.

⁸ Comp. not. *Genin, Eastern Credit Limited, Inc. et A.S. Baltoil c. Estonie*, aff. CIRDI n° ARB/99/2, sentence, 25 juin 2001 et *Azurix Corp. c. Argentine*, aff. CIRDI n° ARB/01/12, sentence, 14 juillet 2006.

⁹ Comp. not. *Emilio Augustin Maffezini c. Royaume d'Espagne*, aff. CIRDI n° ARB/97/7, décision sur la compétence, 25 janvier 2000 ; *Plama Consortium Limited c. Bulgarie*, aff. CIRDI n° ARB/03/24, décision sur la compétence, 8 février 2005 ; *Gas Natural c. Argentine*, aff. CIRDI n° ARB/03/10, décision sur la compétence, 17 juin 2005 ; *Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A.*, et *Inter Aguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. Argentine*, aff. CIRDI n° ARB/03/17, décision sur la compétence, 16 mai 2006 ; *Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A.*, et *Vivendi Universal S.A. c. Argentine*, aff. CIRDI n° ARB/03/19, décision sur la compétence, 3 août 2006 ; *Telenor Mobile Communications A.S. c. Hongrie*, aff. CIRDI n° ARB/04/15, sentence, 13 septembre 2006 ; *Wintershall Aktiengesellschaft c. Argentine*, aff. CIRDI n° ARB/04/14, sentence, 8 décembre 2008 et *EDF International S.A., SAUR International S.A. et León Participaciones Argentinas S.A. c. Argentine Republic*, aff. CIRDI n° ARB/03/23, sentence, 11 juin 2012.

¹⁰ *M.C.I. Power Group L.C. et New Turbine Inc. c. République d'Equateur*, aff. CIRDI n° ARB/03/6, décision sur l'annulation, 19 octobre 2009, § 24.

Cependant, il est bien établi que :

« *there is no doctrine of precedent in international law, if by precedent is meant a rule of the binding effect of a single decision* »¹¹.

En effet, comme le Tribunal l'a expliqué dans l'affaire *Saipem c. Bangladesh*, même si les tribunaux CIRDI ne sont pas « *bound by previous decisions* [, at] *the same time, [they] must pay due consideration to earlier decisions of international tribunals* » ; et, « *subject to compelling contrary grounds, [they have] a duty to adopt solutions established in a series of consistent cases* »¹². En outre, « *subject to the specifics of a given treaty and of the circumstances of the actual case, [they have] a duty to seek to contribute to the harmonious development of investment law and thereby to meet the legitimate expectations of the community of States and investors towards certainty of the rule of law* »¹³. Et, il existe sans aucun doute une tendance des « *investment tribunals, at least those constituted under the aegis of ICSID, [to] increasingly refer to previous decisions of other international jurisdictions, in particular those of other ICSID tribunals* »¹⁴. Cette tendance, qui peut également être observée parmi les Comités *ad hoc*¹⁵, doit être encouragée ; mais cela n'est pas suffisant pour mettre un terme à la cacophonie jurisprudentielle¹⁶. Et, si l'on peut approuver la position du Comité *ad hoc* dans l'affaire *CCC c. Argentine* selon laquelle « [a]lthough

¹¹ Décision sur la compétence, 29 janvier 2004, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. République des Philippines*, aff. CIRDI n° ARB/02/6, § 97. Voy. également *AES Summit Generation Limited & AES-Tsiza Erömü Kft. c. Hongrie*, aff. CIRDI n° ARB/07/22, décision sur l'annulation, 29 juin 2012, § 99.

¹² Décision sur la compétence et les mesures provisoires, 21 mars 2007, *Saipem c. Bangladesh*, aff. CIRDI n° ARB/05/07, § 67 – notes de bas de page non reproduites.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ J. COMMISSION, « Precedent in Investment Treaty Arbitration: a Citation Analysis of a Developing Jurisprudence », *Journal of International Arbitration*, vol. 24/2, 2007, pp. 129-158.

¹⁵ Voy. *M.C.I. Power Group L.C. et New Turbine Inc. c. République d'Equateur*, aff. CIRDI n° ARB/03/6, décision sur l'annulation, 19 octobre 2009, § 25 : « *The parties in the present case have also relied on past decisions of ad hoc committees which are referred to in this decision. Although there is no hierarchy of international tribunals, as acknowledged in SGS c. Philippines, the Committee considers it appropriate to take those decisions into consideration, because their reasoning and conclusions may provide guidance to the Committee in settling similar issues arising in these annulment proceedings and help to ensure consistency and legal certainty of the ICSID annulment mechanism, thereby contributing to ensuring trust in the ICSID dispute settlement system et predictability for governments and investors* ».

¹⁶ Etant entendu que « *one needs to approach the question of consistency with some caution and clarity in terms of one's objectives. For example, several discussions and debates on the substantive obligations in investment agreements have revealed that countries' intent with respect to the interpretation of a similar provision in their investment agreements may differ in some respects. Thus, the development of consistent international legal principles needs to be balanced by respect for the intent of the parties to specific agreements. Even where the intent of the countries may differ in some respects in relation to similar provisions in their investment agreements, there could be a value in encouraging consistency in interpretation across the agreements of a particular country or countries where the intent of the parties do [sic] not differ.* » (K. YANNACA-SMALL, « Annulment of ICSID sentences: Limited Scope but is there Potential? », in *Arbitration Under International Investment Agreements: a Guide to the Key Issues*, Oxford UP, 2010, p. 629 ; voy. également B. LEGUM, « Options to Establish an Appellate Mechanism for Investment Disputes », in *Appeals mechanism in international investment disputes*, New York, Oxford UP, 2008, p. 235).

there is no doctrine of binding precedent in the ICSID arbitration system, the Committee considers that in the longer term the emergence of a jurisprudence constante in relation to annulment proceedings may be a desirable goal »¹⁷, on doit bien admettre qu'il s'agit encore aujourd'hui d'un « objectif souhaitable », mais toujours assez loin d'être atteint.

Au demeurant, l'exclusion du principe *stare decisis* ne constitue pas un obstacle à la cohérence de la jurisprudence : les systèmes civilistes ne connaissent pas la règle du précédent et, pourtant, les contradictions de décisions n'y sont pas plus fréquentes que dans les pays de *common law* ou, à tout le moins, lorsqu'elles se produisent, elles ne perdurent pas longtemps.

Ceci dit, ce n'est pas grâce aux mécanismes d'appel : en France, Etat pourtant particulièrement centralisé, comme en Allemagne ou en Italie (qui sont des Etats fédéraux ou quasi-fédéraux), de nombreuses juridictions d'appel coexistent sans hiérarchie aucune. En réalité, l'uniformité de la jurisprudence n'est pas assurée par une juridiction d'appel suprême mais bien par une sorte de mécanisme d'annulation que constituent la Cour de cassation française, la *Corte Suprema di Cassazione* italienne ou la *Bundersverfassungsgericht* et les *Obere Bundesgerichte* allemandes. Dans ces trois systèmes – mais ceci est vrai *mutatis mutandis* de tous les systèmes judiciaires « latins » en Europe, en Afrique ou en Amérique latine – la « Cour suprême de régulation » n'est pas une juridiction d'appel : de manière générale, elle ne peut revoir la base factuelle de la décision des juridictions de première instance et d'appel et même les cas d'ouverture à cassation sont limités.

Cela ne signifie pas qu'il n'y a pas besoin d'un mécanisme d'appel au sein du système CIRDI ; mais, si tel est le cas, il est justifié par d'autres raisons que par le souci de mettre un terme au développement chaotique de la jurisprudence des tribunaux « investissements »¹⁸ : un mécanisme d'annulation amélioré peut être suffisamment efficace pour éviter ces contradictions de jurisprudence.

Le plus convaincant des arguments en faveur d'un véritable mécanisme d'appel est tout simplement que : « *Justice must not only be done, it must also be seen to be done* »¹⁹. Et un droit à un double degré de juridiction est généralement accepté : même si ce n'est pas un droit fondamental, en matière civile, il n'en

¹⁷ *Continental Casualty Company c. Argentine*, aff. CIRDI n° ARB/03/9, décision sur l'annulation, 16 septembre 2011, § 84. Voy. également *Enron Creditors Recovery Corporation (anciennement Enron Corporation) et Ponderosa Assets, L.P. c. Argentine Republic*, aff. CIRDI n° ARB/01/3, décision sur l'annulation, 30 juillet 2010, § 66.

¹⁸ Comme l'a noté Katia Yannaca-Small, la cohérence de la jurisprudence serait « *reinforced by the existence of a common appeals body which would handle not only ICSID awards but also UNCITRAL awards and awards rendered by the International Chamber of Commerce (ICC), the Stockholm Chamber of Commerce (SCC) and other ad hoc arbitral tribunals* » (K. YANNACA-SMALL, *op. cit.*, note 16, p. 629). Bien que le néologisme « investissements » ne sonne pas joliment, je considère que nous avons vraiment besoin, en français d'un adjectif englobant tout « ce qui touche à l'investissement », qu'il s'agisse des tribunaux (« *investment tribunals* ») ou des règles applicables (« *investment law* »).

¹⁹ Justice Gordon HEWART in *Rex c. Sussex Justices ex parte McCarthy* (1924), 1 KB 256, [1923] All ER 233.

n'est pas moins garanti dans la plupart sinon tous les droits nationaux dès lors que sont en jeu d'importantes sommes d'argent²⁰, et l'on peut se demander si cette exigence n'est pas un élément nécessaire dans le cadre d'un Etat de droit²¹. Il est certain que deux degrés de juridiction ne garantissent pas une décision plus « exacte » ou mieux fondée qu'un seul – au contraire, cela offre deux occasions de commettre une erreur ; et cela rend plus lourde et plus coûteuse une procédure conçue pour être rapide et économique (bien que je ne sois pas sûr que ces deux attentes soient satisfaites dans la pratique effective de l'arbitrage « investissamental ») – mais ceci n'est pas une raison pour aggraver la situation...

Toutefois, dans la mesure où le double degré de juridiction est garanti dans les droits nationaux dans les affaires civiles les plus importantes (quantitativement) et est considéré comme une garantie fondamentale contre les décisions arbitraires, il n'y a aucune raison que ceci ne soit pas transposé dans l'ordre juridique international. Et l'on peut n'être pas convaincu par l'argument que l'on oppose traditionnellement à cette transposition et qui tiendrait aux besoins des affaires : ils ne sont pas plus importants que la protection des droits fondamentaux de l'homme et cette « raison » n'est pas plus décisive au plan international que dans les droits nationaux. Quoi qu'il en soit, l'argument joue davantage en faveur du strict respect des délais fixés par le Règlement d'arbitrage du CIRDI (en particulier aux articles 2, 4, 13, 41 et 46) et de l'encadrement d'un futur mécanisme d'appel dans des délais stricts que pour en rejeter la possibilité.

Et je dois dire, même si je suis conscient de plaider à contre-courant, je vois le *US Trade Act* de 2002 (suivi par le modèle américain de TBI de 2004) et la multiplication récente des accords de libre-échange ou de promotion des investissements prévoyant la mise en place d'organes d'appel, à la fois comme une menace supplémentaire à la cohérence de la jurisprudence en matière d'investissement international et un argument en faveur de la création d'un organe d'appel dans le système CIRDI²². Comme l'a noté le Secrétariat du CIRDI dans sa proposition de 2004 sur de « *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration* » :

« In any event, as indicated above, a number of countries are committing themselves to an appeal mechanism. It would in this context seem to run counter to the objectives of coherence and consistency for different appeal mechanisms to

*be set up under each treaty concerned. Efficiency and economy, as well as coherence and consistency, might best be served by ICSID offering a single appeal mechanism as an alternative to multiple mechanisms »*²³.

En effet, les articles 53, § 1, et 54, § 1, de la Convention de Washington excluent tout appel contre une sentence rendue par un tribunal CIRDI. Mais, est-on sûr que s'il est fait appel contre cette sentence, sur la base d'une clause bilatérale (ou d'un futur accord spécial), l'organe d'appel ainsi créé refuserait d'exercer sa compétence ? Je ne le suis pas... Pas davantage que je ne suis convaincu que si l'organe d'appel en question déclarait que la sentence concernée est mal fondée et nulle et non avenue, cette décision ne prévaudrait pas devant les juridictions nationales de l'Etat (ou des Etats) impliqué(s) ? Ce dont je suis sûr, c'est :

- tout d'abord, que si cela devait se produire, cela n'améliorerait pas la stabilité juridique, la sécurité et la prévisibilité du droit international de l'investissement ;

et

- d'autre part, que ces clauses bilatérales témoignent du sentiment (encore diffus) mentionné ci-dessus que la possibilité d'un recours contre la sentence d'un tribunal CIRDI serait conforme au principe de l'Etat de droit ou, du moins, renforcerait le sentiment que justice a été rendue.

A cet égard, le document de travail de l'OCDE intitulé « *Improving the System of Investor-State Dispute Settlement* » est toujours pertinent : afin d'éviter le risque d'une fragmentation encore accrue du système de règlement des différends engendrés par ces organes d'appel bilatéraux « *[a]lternatively, one single, preferably institutionally-managed and widely-accepted appeals mechanism could be created* »²⁴. Sans revenir sur les discussions qui ont suivi la proposition du Secrétariat du CIRDI en 2004²⁵, il convient de rappeler que :

*« The main advantages put forward in discussions were consistency, the possibility of rectification of legal errors and, possibly serious errors of fact, the fact that the review would be confined to a neutral tribunal instead of national courts and that it would enhance effective enforcement »*²⁶.

Et il me semble que la question impertinente du Professeur Christian Tams ne manque pas de pertinence : « *It is the suggestion that by setting up an appeals mechanism, States could influence the results of investment arbitration in their*

²⁰ Voy. J. VAN COMPENOLLE & A. SALETTI (dir.), *Le double degré de juridiction*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 368 p. ; A. ABDESSEMED, « Le principe de double degré de juridiction et les juridictions pénales internationales », *RTDH*, 2008, pp. 419-421 (renvoyant à M. A. ABU RANNAT, « Etude sur l'égalité dans l'administration de la justice », United Nations, 1972).

²¹ Voy. cependant CEDH, *Tsarnik et Kaounis c. Grèce*, requête n° 3142/08, Jugement, 14 janvier 2010, § 33 : « La Cour note [...] que l'article 6 de la Convention n'astreint pas les Etats contractants à créer des cours d'appel ou de cassation (voir, notamment, *Delcourt c. Belgique*, 17 janvier 1970, §§ 25-26, série A n° 11) ».

²² Voy. aussi M. DIMSEY, *The Resolution of investment Disputes: Challenges and Solutions*, Eleven International Publishing, 2008, pp. 180-181.

²³ Secrétariat du CIRDI, *Possible Improvements of The Framework for ICSID Arbitration*, Discussion Paper, 22 octobre 2004, § 23 (disponible à : <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&Page>).

²⁴ OCDE, *Improving the System of Investor-State Dispute Settlement: an Overview*, OCDE Working Papers on International Investment, 2006/1, § 32.

²⁵ Secrétariat du CIRDI, *op. cit.*, note 23.

²⁶ OCDE, *op. cit.*, note 24, § 37. Voy. également K. YANNACA-SMALL, *op. cit.*, note 16, pp. 630-631 and C. STOCKFORD, « Appeal versus Annulment: is the ICSID Annulment Process Working or is it Now Time for an Appellate Mechanism? », in I. A. Laird & T. J. Weiler (dir.), *op. cit.*, note 5, pp. 334-340.

favour, and thus correct what is perceived to be an 'investor bias' allegedly informing some ICSID decisions »²⁷. Bien que le Professeur Tams rejette lui-même cette objection, pour des raisons convaincantes²⁸, la récente proposition des Philippines visant à établir des lignes directrices pour l'application de l'article 52²⁹ – sans parler de la dénonciation de la Convention par la Bolivie (2 mai 2007), l'Equateur (6 juillet 2009) et le Venezuela (24 janvier 2012) – témoigne du malaise ressenti dans certains milieux vis-à-vis du système CIRDI et confirme que « *justice must be seen to be done* »³⁰.

Une véritable procédure d'appel pourrait également aider à enrayer une autre tendance inquiétante : l'utilisation simultanée ou successive de différentes procédures de réexamen (ou quasi-réexamen)³¹. Ainsi dans l'affaire *Siemens c. Argentine*, l'Argentine a successivement demandé l'annulation³² et la révision de la sentence³³ ; dans l'affaire *Pey Casado c. Chili*, le demandeur a initié une procédure de révision³⁴ et le défendeur une procédure d'annulation³⁵ ; dans l'affaire *Enron c. Argentine*, le demandeur a déposé une demande de révision de la sentence³⁶, qui a été rejetée par le Tribunal³⁷ ; le demandeur a ensuite demandé l'annulation de la sentence³⁸ ; dans l'affaire *Continental Casualty c. Argentine*, les deux parties ont demandé la rectification de la sentence³⁹ et l'investisseur a déposé un recours en annulation de cette même sentence⁴⁰ ; le Tribunal ayant rectifié la sentence, l'Argentine a demandé l'annulation partielle de la sentence telle que rectifiée⁴¹ alors que la procédure d'annulation initiée par Continental Casualty était toujours pendante⁴². Dans le même esprit mais de manière plus

²⁷ C. TAMS, « An Appealing Option? The Debate about an ICSID Appellate Structure », in C. Tietje, G. Kraft & R. Sethe (dir.), *Essays in Transnational Economic Law*, n° 57, 2006, p. 32 (disponible à <http://www.wirtschaftsrecht.uni-halle.de/sites/default/files/altbestand/Heft57.pdf>)

²⁸ *Ibidem*, pp. 31-33.

²⁹ *The Philippines' Proposal to Analyse the Potential for Establishing Guidelines on the Implementation of Article of the ICSID Convention* et, pour une actualisation : *ICSID to Prepare "Background Paper" on Annulment Process, Following Request by Philippines; German Investor Criticizes Effort by Philippines*, 5 octobre 2011, pp. 1-2 et Annexe 3 (disponibles à <http://www.iareporter.com/articles/>).

³⁰ Justice Gordon Hewart, *op. cit.*, note 19.

³¹ Voy. not. K. YANNACA-SMALL, *op. cit.*, note 16, pp. 623-625.

³² *Siemens c. Argentine*, aff. CIRDI n° ARB/02/8, demande en annulation, 16 juillet 2007.

³³ *Ibidem*, demande en révision, 9 juillet 2008 ; demande de désistement déposée durant la procédure de révision, 12 août 2009 ; ordonnance prend acte du désistement, 9 septembre 2009.

³⁴ *Pey Casado c. Chili*, aff. CIRDI n° ARB/98/2, demande en révision, 17 juin 2008, déclarée irrecevable le 18 novembre 2009.

³⁵ *Ibidem*, demande en annulation, 6 juillet 2009 ; décision sur l'annulation du 18 décembre 2012.

³⁶ *Enron c. Argentine*, aff. CIRDI n° ARB/01/3, demande en révision, 16 juillet 2007.

³⁷ Décision sur la révision, 25 octobre 2007, § 59.

³⁸ Demande en annulation, 7 mars 2008 ; décision sur l'annulation, 30 juillet 2010.

³⁹ *Continental Casualty Company c. Argentine*, aff. CIRDI n° ARB/03/9, demande en rectification déposée par Continental, 16 octobre 2008 et par l'Argentine, 6 novembre 2008 ; décision sur la rectification de la sentence, 23 février 2009 (non publique).

⁴⁰ *Ibidem*, demande en annulation, 14 janvier 2009 ; décision rejetant la demande, 16 septembre 2011.

⁴¹ *Ibid.*, demande en annulation partielle, déposée par l'Argentine, 8 juin 2009 ; décision rejetant la demande, 16 septembre 2011.

⁴² Décision sur l'annulation, 16 septembre 2011 – voy. note 40.

imaginative, en 2011, l'Equateur a déposé contre les Etats-Unis une demande d'interprétation de l'article II, §7, du TBI Equateur/Etats-Unis⁴³ ; quelques mois plus tôt, dans l'affaire *Chevron c. Equateur*, l'Equateur avait été jugé responsable de la violation de cet article⁴⁴ ; Les Etats-Unis considèrent qu'à travers cette procédure, l'Equateur recherche la révision de la sentence dans l'affaire *Chevron c. Equateur*⁴⁵.

Ceci dit, globalement, les inconvénients et les avantages s'équilibrent, même si certains arguments « anti-appel » sont loin d'être convaincants. C'est le cas de celui, souvent avancé, basé sur la finalité et selon lequel, contrairement au règlement judiciaire des différends dans les ordres internes ou au mécanisme de l'OMC, les sentences CIRDI sont finales, ce qui, par conséquent, permet un gain de temps et d'argent⁴⁶. Cet argument est vicié pour plusieurs raisons⁴⁷ :

- « *with finality comes the risk of having to live with a decision that is simply wrong, or inconsistent with other decisions on similar disputes rendered by other arbitration panels* »⁴⁸ ;

- les décisions rendues par un organe d'appel seraient aussi finales et obligatoires que les décisions de première instance et

- « plus finales » qu'une sentence rendue à la suite d'une procédure d'annulation puisque l'annulation de la sentence originale entraînera la saisine d'un nouveau tribunal arbitral, qui rendra une nouvelle sentence – suite à la décision d'annulation prise par le Comité *ad hoc* – qui elle-même pourra faire l'objet d'une demande en annulation. « *Due to the lack of stare decisis in ICSID arbitration and the ad hoc Committee's resulting discretion, the second ad hoc Committee would not necessarily follow the reasoning of the first ad hoc Committee. The end result could be an infinite regress of arbitrations and annulment proceedings* »⁴⁹ ; et

- les procédures de réexamen des sentences sont également coûteuses en temps et en argent⁵⁰.

⁴³ *République d'Equateur c. Etats-Unis d'Amérique*, aff. CPA n° 2012-5, 28 juin 2011.

⁴⁴ *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) c. République d'Equateur*, CNUDCI, aff. CPA n° 34877, sentence partielle, 30 mars 2010 et sentence finale, 31 août 2011.

⁴⁵ *République d'Equateur c. Etats-Unis d'Amérique*, PCA Case No. 2012-5, Mémoire du défendeur sur les objections préliminaires, p. 51 (disponible à <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1060.pdf>). Par une sentence non publiée en date du 29 septembre 2012, le Tribunal constitué en vertu de l'article VII du TBI Equateur-Etats-Unis a rejeté la requête de l'Equateur.

⁴⁶ Voy. not. S. M. MARCHILI, « ICSID Annulment: a Saga of Virtue and Vice », in I. A. Laird & T. J. Weiler, *op. cit.*, note 5, p. 303 ou D. WEISS, « Panel discussion », *ibid.*, p. 353.

⁴⁷ Voy. not. C. STOCKFORD, *op. cit.*, note 26, pp. 340-341. Voy. également K. YANNACA-SMALL, *op. cit.*, note 16, 2010, p. 631.

⁴⁸ C. STOCKFORD, *op. cit.*, note 26, p. 341. Voy. également K. YANNACA-SMALL, *ibid.*

⁴⁹ C. CATHEY SCHUETZ, « Legitimacy and Inconsistency: Is Investment Treaty Arbitration Broken and Can It Be 'Fixed'? Is The ICSID Annulment Mechanism Broken and Could It Be Improved? », in I. A. Laird & T. J. Weiler, *op. cit.*, note 5, p. 274.

⁵⁰ C. STOCKFORD, *op. cit.*, note 26, pp. 342-343.

Cela est certainement vrai, mais, bien que les procédures du CIRDI, telles qu'elles sont, aient tendance à durer de plus en plus longtemps – même lorsqu'un réexamen n'est pas demandé –, ce n'est pas une raison convaincante pour ajouter des retards aux retards déjà excessifs. Et il n'est pas évident que la simple fixation de strictes limites temporelles⁵¹ suffirait à éviter une augmentation des coûts : comme je l'ai souvent fait remarquer, les cabinets d'avocats (y compris de très grands ...) ont tendance à travailler à la dernière minute et à réussir à produire à temps de très (trop ...) longues plaidoiries écrites⁵² ; mais il est évident qu'une procédure d'appel demanderait encore plus de travail et de pages et serait encore plus coûteuse⁵³.

Les autres arguments les plus concluants qui peuvent être présentés contre une véritable procédure d'appel sont :

- le risque d'encourager la partie déboutée à faire appel, ce qui, par conséquent, augmenterait le nombre d'appels et retarderait la décision finale⁵⁴ ;

- plus grave, le danger d'inciter un « perdant cossu » à adopter une stratégie dilatoire afin de forcer le gagnant à négocier ;

- « *Lastly, one should not forget one potential drawback of appeals systems, which may be seen as the 'authority argument' turned on its head. As has been noted, while potentially increasing the authority of some decisions, a move towards a two-tiered system of dispute settlement risks undermining the authority of the first level decision. Even if a two-level process of dispute settlement eventually produced decisions that were more authoritative than the ones presently rendered, this increase in authority would have to be measured against a loss of authority of the first level awards* »⁵⁵.

Il ressort de tout ceci qu'il est justifié de poursuivre la réflexion sur une sorte – mais pas n'importe laquelle – de mécanisme d'appel. A cet égard, la proposition du Secrétariat du CIRDI de 2004 d'instaurer une « facilité d'appel » (*an appeals facility*⁵⁶) plutôt qu'un mécanisme d'appel *stricto sensu* me semble toujours recommandable en dépit de l'accueil mitigé qu'elle a reçu. Pour rappel, les principales propositions étaient les suivantes :

- Une telle facilité devrait être optionnelle et, en vue de l'improbable entrée en vigueur d'un amendement aux articles 53 et 54 de la convention, elle devrait

⁵¹ Comme suggéré par C. STOCKFORD, *op. cit.*, note 26, p. 343.

⁵² Voy. not. A. PELLET, « The Anatomy of International Courts and Tribunals », *LP ICT*, 2008, n° 3, p. 281 et « Remarques sur l'(in)efficacité de la Cour internationale de Justice et d'autres juridictions internationales » in *Liber Amicorum Jean-Pierre Cot – Le procès international*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 202-203.

⁵³ Voy. K. YANNACA-SMALL, *op. cit.*, note 16, p. 631.

⁵⁴ Voy. *ibidem*, pp. 631-632. Voy. également J. ROSENTHAL, « Panel discussion », *op. cit.*, note 26, p. 351.

⁵⁵ C. TAMS, *op. cit.*, note 27, p. 31. Voy. aussi p. 16. Voy. également C. STOCKFORD, *op. cit.*, note 26, p. 343.

⁵⁶ Secrétariat du CIRDI, *op. cit.* note 23, Annexe.

simplement être mise à disposition des Etats ayant conclu un traité bilatéral ou multilatéral prévoyant un appel ;

- elle devrait fonctionner au sein du système CIRDI afin de préserver l'intégrité et le caractère autonome de la convention si bien décrits par Aron Broches dans son article de 1991⁵⁷, qui demeure, pour l'essentiel, profondément actuel ;

- elle devrait être offerte dans le cadre de tous les types d'arbitrage en matière d'investissement ;

- l'organe d'appel serait composé de personnalités à l'autorité reconnue dans ce domaine (et – mais c'est ma propre suggestion – elles ne devraient pas participer à d'autres arbitrages en matière d'investissement après leur désignation comme membre de l'organe d'appel) ; en outre, je pense (contrairement à la proposition du Secrétariat du CIRDI de 2004) que leur nombre devrait être inférieur à 12 et qu'en principe, l'organe d'appel devrait siéger en formation plénière – au moins pour les affaires posant des questions de principe – afin de permettre l'émergence d'une jurisprudence constante ; si ces limitations n'étaient pas retenues, le *caveat* du Professeur McRae relatif à l'« intransposabilité » du mécanisme d'appel de l'OMC aux règlements des différends en matière d'investissement⁵⁸ aurait été prémonitoire – mais il n'y a aucune fatalité à cet égard et l'imitation ne s'impose nullement ;

- Ceci dit, je suis également d'accord avec la proposition du Secrétariat sur le fait que, si le pouvoir de confirmer, modifier ou renverser la sentence contestée devait être reconnu à l'« organe d'appel », sa compétence devrait être limitée à un nombre réduit de motifs – certainement les cinq cas motifs d'annulation déjà listé à l'article 52, auxquels on devrait sans doute rajouter une erreur de fait significative.

Ces restrictions montrent qu'en réalité, il ne s'agirait pas d'un véritable mécanisme d'appel. Ce serait simplement un mécanisme d'annulation amélioré et je pense en effet que c'est ce qui est nécessaire ; mais peut-être pourrait-on et devrait-on se contenter d'encre encore moins : une mise en œuvre correcte du mécanisme d'annulation existant.

⁵⁷ A. BROCHES, « Observations on the Finality of ICSID sentences », *FILJ*, vol. 6, 1991, pp. 320-379.

⁵⁸ Voy. D. MCRAE, « The WTO Appellate Body: a Model for an ICSID Appeals Facility? », *Journal of International Dispute Settlement*, 2010, pp. 371-387. Voy. également C. TAMS, *op. cit.*, note 27, p. 25 et M. DIMSEY, *op. cit.*, note 22, pp. 179-180. *Contra* C. STOCKFORD, *op. cit.*, note 26, pp. 332-333 et pp. 342-343.

II. EN ATTENDANT LA RÉFORME : POUR UNE APPLICATION STRICTE DE L'ARTICLE 52

Bien qu'il n'y ait aucune raison de fuir le débat sur l'éventuelle création d'un véritable mécanisme d'appel ou, probablement de manière plus réaliste, d'un mécanisme d'annulation amélioré, une chose est certaine, jusqu'à ce qu'une telle réforme ait abouti (si elle réussit jamais), les exigences actuelles de l'article 52 de la Convention de Washington (ainsi que celles des articles 53 et 54) doivent être strictement respectées.

Comme Silvia Marchili l'a noté, « [t]he rather faulty application of Articles 52 and 53 of the Convention by certain panels should not have as a natural consequence the reform of the system. Rather, the investment arbitration community should focus on improving the application of the annulment standards [...] »⁵⁹.

Comme pratiquement tous les comités *ad hoc* le répètent à l'envi, le recours offert par l'article 52 « *is in no sense an appeal* »⁶⁰. Mais, ayant dit cela, beaucoup le traitent comme s'il s'agissait en réalité d'un appel. Ainsi que le Professeur Schreuer l'a relevé à juste titre : « *In particular, the distinction between annulment and appeal is repeated like a mantra at the beginning of*

⁵⁹ S. M. MARCHILI, *op. cit.*, note 46, p. 306.

⁶⁰ *Klöckner c. Cameroun*, aff. CIRDI n° ARB/81/2, décision sur l'annulation, 3 mai 1985, § 3. Voy. également *Amco c. Indonésie*, aff. CIRDI n° ARB/81/1, décision sur l'annulation, 16 mai 1986, §§ 23, 38-44 ; *MINE c. Guinée*, aff. CIRDI n° ABR/84/4, décision sur l'annulation, 22 décembre 1989, §§ 5.04, 5.08 ; *Amco c. Indonésie*, aff. CIRDI n° ARB/81/1, décision sur l'annulation, 3 décembre 1992, §§ 1.14, 7.19, 8.08 ; *Wena Hotels c. Egypte*, aff. CIRDI n° ARB/98/4, décision sur l'annulation, 5 février 2002, § 18 ; *Vivendi c. Argentine*, aff. CIRDI n° ARB/97/3, décision sur l'annulation, 3 juillet 2002, §§ 62, 64 ; *CDC c. Seychelles*, aff. CIRDI n° ARB/02/14, décision sur l'annulation, 29 juin 2005, §§ 34-37 ; *Patrick Mitchell c. République démocratique du Congo*, aff. CIRDI n° ARB/99/7, décision sur l'annulation, 1 novembre 2006, §§ 19-20 ; *Soufraki c. EAU*, aff. CIRDI n° ARB/02/7, décision sur l'annulation, 5 juin 2007, §§ 20, 24 ; *Repsol c. Petroecuador*, aff. CIRDI n° ARB/01/10, décision sur l'annulation, 8 janvier 2007, § 38 ; *MTD c. Chili*, aff. CIRDI n° ARB/01/7, décision sur l'annulation, 21 mars 2007, § 31 ; *CMS c. Argentine*, aff. CIRDI n° ARB/01/8, décision sur l'annulation, 25 septembre 2007, §§ 43, 44, 135, 136, 158 ; *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine Inc. c. République d'Equateur*, aff. CIRDI n° ARB/03/6, décision sur l'annulation, 19 octobre 2009, § 24 ; *Rumeli c. Kazakhstan*, aff. CIRDI n° ARB/05/16, décision sur l'annulation, 25 mars 2010, § 70 ; *Sempra c. Argentine*, aff. CIRDI n° ARB/02/16, décision sur l'annulation, 29 juin 2010, §§ 73, 74 ; *Enron c. Argentine*, aff. CIRDI n° ARB/01/3, décision sur l'annulation, 30 juillet 2010, §§ 63-65 ; *Vivendi c. Argentine II*, aff. CIRDI n° ARB/97/3, décision sur l'annulation, 10 août 2010, § 247 ; *Sociedad Anónima Eduardo Vieira c. Chili*, aff. CIRDI n° ARB/04/7, décision sur l'annulation, 10 décembre 2010, §§ 234-236 ; *Fraport c. Philippines*, aff. CIRDI n° ARB/03/25, décision sur l'annulation, 23 décembre 2010, §§ 76, 272 et 277 ; *AES Summit Generation Limited & AES-Tsiza Erörmü Kft. c. Hongrie*, aff. CIRDI n° ARB/07/22, décision sur l'annulation, 29 juin 2012, §§ 15, 17, 33 et 171 ; *Victor Pey Casado et President Allende Foundation c. Chili*, aff. CIRDI n° ARB/98/2, décision sur l'annulation, 18 décembre 2012, §§ 87-88.

almost every decision. (...) This professed self-restraint is not always evident in the actual decisions »⁶¹.

Dans le cadre d'une procédure d'appel, l'organe saisi peut confirmer ou modifier la décision contestée. Contrairement à l'appel⁶², l'annulation est « *a limited remedy in that an ad hoc committee is not a court of appeal. It cannot rehear the substance of the dispute. It can only consider whether the award should be annulled – in whole or in part – on one of the grounds specified in Article 52* »⁶³ qui sont :

- « (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 »⁶⁴.

De plus, contrairement à un organe d'appel, un comité *ad hoc* ne peut substituer sa propre décision sur le fond à celle de la sentence contestée. Un comité *ad hoc* ne peut que (i) confirmer la sentence en cause ou (ii) la déclarer nulle dans sa totalité ou (iii) partiellement⁶⁵. « *All it can do is annul the decision of the tribunal: it can extinguish a res judicata but on a question of merits it cannot create a new one* »⁶⁶. En outre, « [l]e 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 »⁶⁷.

Cependant, même en laissant de côté les deux premières décisions d'annulation dans lesquelles les Comités *ad hoc* ont réexaminé le fond de l'affaire,⁶⁸ une série de décisions plus récentes⁶⁹ ont considéré que le comité *ad hoc* jouit d'une marge d'appréciation discrétionnaire, même si une erreur susceptible de conduire à l'annulation de la sentence contestée a été relevée :

⁶¹ C. SCHREUER, « From ICSID Annulment to Appeal: Half Way Down the Slippery Slope », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 10, 2011, p. 216. Voy. également M. DIMSEY, *op. cit.*, note 22, pp. 162-164.

⁶² Voy. not. D. CARON, « Reputation and Reality in the ICSID Annulment Process: Understanding the Distinction between Annulment and Appeal », *Foreign Investment Law Journal*, vol. 7, 1992, p. 24.

⁶³ P. NAIR & C. LUDWIG, « ICSID Annulment sentences: the fourth generation? », *The International Journal of Commercial and Treaty Arbitration* (Herbert Smith), février 2011, p. 1 (disponible : http://www.herbertsmith.com/NR/rdonlyres/27B56F9805154CDB942A61CA137F0EB5/18034/8878_I_CSIDAnnulmentsentencessthefourthgeneration_d3.pdf)

⁶⁴ Article 52 (1) CIRDI.

⁶⁵ Article 52 (3).

⁶⁶ *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. c. Chili*, aff. CIRDI n° ARB/01/7, décision sur l'annulation, 21 mars 2007, § 54.

⁶⁷ Article 52 (5).

⁶⁸ *Klöckner c. Cameroun*, aff. CIRDI n° ARB/81/2, décision sur l'annulation, 3 mai 1985 et *Amco c. Indonésie*, aff. CIRDI n° ARB/81/1, décision sur l'annulation, 16 mai 1986 (correspondant à la « *first generation* » de C. SCHREUER – voy. « Three Generations of ICSID Annulment Proceedings » in E. Gaillard & Y. Banifatemi (eds.), *Annulment of ICSID sentences*, IAI Series No. 1, 2004, pp. 17-42).

⁶⁹ Correspondant à la « *third generation* » de C. SCHREUER caractérisée par une approche plus équilibrée (*ibid.*).

« It appears to be established that an ad hoc committee has a certain measure of discretion as to whether to annul an award, even if an annulable error is found. Article 52(3) provides that a committee 'shall have the authority to annul the award or any part thereof', and this has been interpreted as giving committees some flexibility in determining whether annulment is appropriate in the circumstances. Among other things, it is necessary for an ad hoc committee to consider the significance of the error relative to the legal rights of the parties »⁷⁰.

Une intéressante illustration de cette « marge discrétionnaire » apparaît dans quelques décisions d'annulation dans lesquelles le Comité *ad hoc* a jugé que la sentence était viciée par un motif d'annulation mais n'a tiré aucune conséquence concrète de cette conclusion. Le meilleur exemple de la simple substitution de motifs est certainement donné par la décision d'annulation dans l'affaire *CMS c. Argentine* du 25 septembre 2007, dans laquelle le Comité a considéré que les conclusions du Tribunal concernant la clause parapluie devaient être annulées pour défaut de motivation⁷¹ mais a déclaré que :

« 99. Although the Tribunal's finding of liability must be annulled, it does not follow that the Award as a whole is affected. As the Vivendi Annulment Committee found, severable parts of an award which are not themselves annulled will stand, a situation expressly contemplated in Article 52(3) of the ICSID Convention »⁷².

En conséquence, le Comité a déclaré que sa :

« finding on the umbrella clause does not entail the annulment of the Award as a whole. It entails only annulment of the provisions of paragraph 1 of the operative part of the Award under which the Tribunal decided that '[t]he Respondent breached its obligations... to observe the obligations entered into with regard to the investment guaranteed in Article II(2)(c) of the Treaty' »⁷³.

Mais, puisque les conclusions du Tribunal ont été faites *obiter* et ne constituait donc pas le fondement de l'indemnisation accordée par le Tribunal, le Comité n'a tiré aucune conséquence de cette annulation, mise à part sa décision de ne pas prendre de décision quant aux dépens⁷⁴.

De même, dans l'affaire *Helnan c. Egypte*, le Comité *ad hoc* a annulé la sentence contestée au motif que « the Tribunal has manifestly exceeded its

⁷⁰ *Vivendi c. Argentine*, aff. CIRDI n° ARB/97/3, décision sur l'annulation, 3 juillet 2002, § 66. Voy. également *Patrick Mitchell c. République démocratique du Congo*, aff. CIRDI n° ARB/99/7, décision sur l'annulation, 1 novembre 2006 ; *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Malaisie*, aff. CIRDI n° ARB/05/10, décision sur l'annulation, 16 avril 2009 ; *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, aff. CIRDI n° ARB/01/8, décision sur l'annulation, 25 septembre 2007 ; *Sempra c. Argentine*, aff. CIRDI n° ARB/02/16, décision sur l'annulation, 29 juin 2010 ou *Enron c. Argentine*, aff. CIRDI n° ARB/01/3, décision sur l'annulation, 30 juillet 2010. *Contra Victor Pey Casado et President Allende Foundation c. Chili*, aff. CIRDI n° ARB/98/2, décision sur l'annulation, 18 décembre 2012, §§ 79-80.

⁷¹ *CMS c. Argentine*, *op. cit.*, note 60, §§ 97 et 163 (1).

⁷² *Ibidem*, § 99.

⁷³ *Ibid.*, § 100.

⁷⁴ *Ibid.*, § 162.

powers within the terms of Article 52 (1) (b) of the ICSID Convention »⁷⁵. Mais il a décidé que, puisque ceci n'affectait pas la *ratio* de la décision,

« the annulment of the Tribunal's finding in paragraph 148 can have no effect on the rest of the Award, including the dismissal of the Claimant's claims in paragraph 3 of the dispositif, which must continue to stand »⁷⁶.

De nombreux comités *ad hoc* ont approuvé cette acception large afin de maximiser leur marge d'appréciation.

En principe, « [t]he pertinence for the reasoning, its fairness, its convincing character are without consequence in the annulment procedure, because all these notions derive from the substance of the reasoning and are indifferent for the needs of the external control of the existence of reasons as wanted by the authors of the Washington Convention »⁷⁷. Cependant, bien que les décisions d'annulation débutent généralement par une évaluation du rôle d'un comité *ad hoc* conformément à la lettre et à l'esprit de l'article 52, cette autolimitation professée ne se retrouve pas toujours dans le corps de la décision. Cela est particulièrement vrai en ce qui concerne le deuxième moyen d'annulation (excès de pouvoir manifeste) qui ne correspond pas à un terme de l'art consacré⁷⁸.

Bien qu'il soit généralement admis que la non-application du droit applicable équivaut à un excès de pouvoir manifeste⁷⁹ au sens de l'article 52, comme l'explique Christoph Schreuer, ce concept « is not without ambiguity. It can be interpreted as a failure to identify correctly and apply the proper system of law,

⁷⁵ *Helnan International Hotels A/S c. Egypte*, aff. CIRDI n° ARB/05/19, décision sur l'annulation, 14 juin 2010, § 55.

⁷⁶ *Ibidem*, § 57. Voy. également le paragraphe 73 (1) où le raisonnement du Tribunal sur l'épuisement des voies de recours internes est tout sauf clair.

⁷⁷ E. GAILLARD, *CIRDI. Chronique des Sentences Arbitrales*, 2009, p. 361 (traduit par K. YANNACA-SMALL, *op. cit.*, note 16, p. 622).

⁷⁸ Voy. toutefois, l'arbitrage *Abyei* : « In public international law, it is an established principle of arbitral and, more generally, institutional review that the original decision-maker's findings will be subject to limited review only. The relevant case law draws a clear distinction between an appeal on the merits – to determine whether the original decision was legally and factually 'right or wrong' – and a review of whether the decision-maker that rendered a decision exceeded its powers. A reviewing body that is seized of the issue of putative excess of powers will not 'pronounce on whether the [original] decision was right or wrong,' as this question is legally irrelevant within an excess of powers inquiry » (Le Gouvernement du Soudan / le Mouvement/Armée populaire de libération du Soudan (Arbitrage Abyei), sentence finale, 22 juillet 2009, § 403, citant l'affaire concernant la Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906 (*Honduras c. Nicaragua*), arrêt, CIJ Recueil 1960, p. 192, 214, citée avec approbation dans l'affaire concernant la Sentence arbitrale du 31 juillet 1989 (*Guinée-Bissau c. Sénégal*), Recueil 1991, p. 62, § 25).

⁷⁹ C. SCHREUER, *op. cit.*, note 61, p. 216. Voy. également I. MARBOE, « The Annulment of ICSID sentences », in C. Knahr, C. Koller, W. Rechberger & A. Reinisch (eds.), *Investment and Commercial Arbitration – Similarities and Divergences*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2010, pp. 101 and 105-106; K. YANNACA-SMALL, *op. cit.*, note 16, p. 614; K. DOHYUN, « The Annulment Committee's Role in Multiplying Inconsistency in ICSID Arbitration: the Need to Move Away From an Annulment-Based System », *New York University Law Review*, vol. 86, 2011, pp. 260-261 et J. FERNÁNDEZ-ARMESTO, « Different Systems for the Annulment of Investment sentences », *FILJ*, vol. 26, 2011, p. 139; S. M. MARCHILLI, *op. cit.*, note 46, p. 289.

such as international law, French law or Argentinean law. But it has also been interpreted in a stricter sense as the failure to apply a particular rule of law »⁸⁰.

Cette différence a été expliquée avec une grande clarté dans l'affaire *Continental c. Argentine* :

« 91. In the Committee's view, it will amount to a non-application of the applicable law for a tribunal to apply, for instance, the law of State X to determine a dispute when the applicable law is in fact the law of State Y or public international law. However, if the applicable law is the law of State X, and if the tribunal in fact applies the law of State X, it is not the role of an annulment committee to determine for itself whether the tribunal correctly identified all of the provisions of the law of State X that were relevant to the case before it, or whether the tribunal gave adequate consideration to each of those specific provisions and to the relationship between them, since this would be to venture into an enquiry into whether the tribunal applied the law correctly. Questions as to the relevance of particular provisions of the applicable law, and of their legal effect and interaction with other provisions of the applicable law, go to the substantive legal merits of the case and are within the power of a tribunal to decide. A tribunal's decision on such questions cannot amount to a manifest excess of power.

[...]

93. In some cases it may be an annulable error if a tribunal fails to consider a specific provision of the applicable law. For instance, suppose that a claimant brings a claim for damages under provision A of an investment treaty, and the respondent State specifically pleads in response that it has a defence to the claim under provision B of the treaty. In this case, it may well be an annulable error for the tribunal to find that there has been a breach of provision A, and to award damages to the claimant, without giving any consideration at all to the potential application of the defence in provision B.

94. However, in such a case [...], the failure to consider provision B would be unlikely of itself to constitute a manifest excess of power by reason of failure to apply the applicable law, as the tribunal has nonetheless applied the investment treaty, which is the law that it was required to apply »⁸¹.

Plus récemment, le Comité *ad hoc* dans l'affaire *AES Summit c. Hongrie* a de nouveau souligné avec force et de manière tout à fait convaincante

⁸⁰ C. SCHREUER, *op. cit.*, note 61, p. 217.

⁸¹ *Continental Casualty Company c. Argentine*, aff. CIRDI n° ARB/03/9, décision sur l'annulation, 16 septembre 2011, §§ 91-94 (notes de bas de page non reproduites). Voy. également *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, aff. CIRDI n° ARB/01/8, décision sur l'annulation, 25 septembre 2007, dans laquelle le Comité *ad hoc* jugea que le Tribunal avait fait plusieurs erreurs de droit (voir §§ 49-50 et 128-135) et appliqué le droit « cryptically and defectively » mais refusa d'annuler la sentence puisqu'il « applied it » (§ 136). Il a été noté à juste titre que, en dépit de la confirmation de la sentence, « [t]his conclusion significantly weakened the legitimacy of the tribunal's decision in the eyes of Argentina and other ICSID member states. Unsurprisingly, Argentina refused to pay the victorious foreign investor the \$133.2 million award » (K. DOHYUN, « The Annulment Committee's Role in Multiplying Inconsistency in ICSID Arbitration: the Need to Move Away From an Annulment-Based System », *New York University Law Review*, vol. 86, 2011, pp. 277-278).

« the distinction between non-application and mere misapplication of the applicable law »⁸². Et il a ajouté :

« Whilst the precise boundaries of these concepts can be difficult to gauge, the Committee is mindful of the criticism that has been levelled against certain *ad hoc* committees for overstepping the line between annulment and appeal. The prevailing, and correct, view in modern investment jurisprudence must be understood as setting a very high threshold. [...] »⁸³.

[...]

Finally, the Committee considers that annulment for non-application of the applicable law is only sustainable where there has been a failure to apply the proper law in toto »⁸⁴.

Dans plusieurs affaires, les comités *ad hoc* ont critiqué le Tribunal ayant rendu une sentence – qui a par conséquent été annulée – pour avoir approuvé une définition incorrecte de la notion d'« investissement »⁸⁵. En dehors du fait que le droit est loin d'être stabilisé sur le sujet, on peut estimer qu'en s'aventurant sur ce terrain, les comités ont, dans ces affaires, excédé leurs pouvoirs limités⁸⁶. La décision d'annulation dans l'affaire *Enron c. Argentine* fournit un exemple encore plus parlant de confusion totale entre une procédure d'annulation basée sur un excès de pouvoir manifeste (article 52, § 1.b)) et un appel : dans cette longue décision⁸⁷, le Comité a contesté l'interprétation qu'a donné le Tribunal de l'article 25 des Articles de la C.D.I. sur la responsabilité des Etats, puis a appliqué sa propre interprétation aux faits de l'espèce et annulé la sentence car il a considéré que l'efficacité des autres moyens disponibles pour faire face à la situation, moins préjudiciable aux droits de l'investisseur, auraient dû être évaluée par le Tribunal⁸⁸. Comme on l'a noté à juste titre, « [t]his reasoning is truly baffling. The Tribunal had correctly identified the governing law. It had also correctly identified the relevant rule and had applied it. But the *ad hoc* Committee found an excess of powers because it disagreed with the way the Tribunal had interpreted that rule. More specifically, the *ad hoc* Committee

⁸² *AES Summit Generation Limited & AES-Tsiza Erőmű Kft. c. Hongrie*, aff. CIRDI n° ARB/07.22, décision sur l'annulation, 29 juin 2012, § 33.

⁸³ Puis le Comité cite le Comité *ad hoc* dans l'affaire *Soufraki (Soufraki c. EAU)*, aff. CIRDI n° ARB/02/7, décision sur l'annulation, 5 juin 2007, § 86.

⁸⁴ *AES Summit Generation Limited & AES-Tsiza Erőmű Kft. c. Hongrie*, aff. CIRDI n° ARB/07.22, décision sur l'annulation, 29 juin 2012, §§ 33-35.

⁸⁵ Voy. not. *Patrick Mitchell c. République démocratique du Congo*, aff. CIRDI n° ARB/99/7, décision sur l'annulation, 1 novembre 2006, §§ 25-48 ou *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Malaisie*, aff. CIRDI n° ARB/05/10, décision sur l'annulation, 16 avril 2009, §§ 56-82.

⁸⁶ Pour une critique convaincante de cette décision, voy. not. M. DIMSEY, *op. cit.*, note 61, note 22, p. 164 ; S. M. MARSILI, *op. cit.*, note 61, note 46, 2012, pp. 292-293.

⁸⁷ Le simple fait que la décision sur l'annulation soit plus longue que la sentence contestée (170 p. c. 139 p.) est un signe.

⁸⁸ *Enron c. Argentine*, aff. CIRDI n° ARB/01/3, décision sur l'annulation, 30 juillet 2010. Voy. en particulier §§ 367-371, ou 393. Voy. également *Sempra Energy International c. Argentine*, aff. CIRDI n° ARB/02/16, décision sur l'annulation, 29 juin 2010, §§ 186 et 219.

found that 'the process of reasoning' applied by the Tribunal was defective and that this constituted an excess of powers »⁸⁹.

C'est en effet le raisonnement du Comité qui semble défectueux ; comme l'a relevé de manière plus raisonnable le Comité *ad hoc* dans l'affaire *MINE c. Guinée* :

« *The adequacy of the reasoning is not an appropriate standard of review under paragraph 1(e), because it almost inevitably draws an ad hoc Committee into an examination of the substance of the tribunal's decision, in disregard of the exclusion of the remedy of appeal by Article 53 of the Convention* »⁹⁰.

Et l'on peut également se rallier à la conclusion du Professeur Schreuer selon laquelle :

« *If one is to take the annulments in Sempra and Enron as an indication of current practice, an ad hoc committee can annul an award whenever it disagrees with the way a tribunal interprets an applicable rule. In other words, failure to apply the proper law as a form of excess of powers has undergone two permutations: first the proper law became the proper rule. Second, the rule's application became its correct application* »⁹¹.

Cela pourrait valablement constituer la pratique d'un organe d'appel mais pas d'un Comité *ad hoc* de l'article 52.

Les autres motifs d'annulation énumérés à l'article 52, § 1, de la Convention prêtent moins à ce genre de dérive, bien que le « défaut de motifs » (§ 1.e) ait été l'objet d'interprétations larges qui peuvent être considérées comme tirant le recours en annulation vers l'appel.

Les problèmes posés par le défaut de motifs sont à bien des égards très semblables à ceux résultant de la non-application de la loi applicable. De même que ce dernier ne devrait être retenu qu'en cas de non-application d'un système juridique dans son ensemble – et non de l'application erronée d'une règle juridique donnée –, le défaut de motifs ne saurait être invoqué que pour défaut absolu de motifs, et non pour défaut de motifs convaincants⁹². La décision d'annulation dans l'affaire *Enron* est critiquable pour la même raison puisque le Comité *ad hoc* a conclu « *that the Tribunal [...] failed to state reasons for that decision, within the meaning of Article 52 (1) (e) of the ICSID Convention* » car

⁸⁹ C. SCHREUER, *op. cit.*, note 61, note 61, p. 220, notes de bas de page non reproduites.

⁹⁰ *MINE c. Guinée*, aff. CIRDI n° ABR/84/4, décision sur l'annulation, 22 décembre 1989, § 5.08. Voy. aussi *Malicorp Limited c. Egypte*, aff. CIRDI n° ARB/08/18, décision sur l'annulation, 3 juillet 2013, § 49.

⁹¹ C. Schreuer, note 61, p. 221; voy. également P. Nair and C. Ludwig, note 62, p. 3.

⁹² Voy. *Continental Casualty Company c. Argentine*, aff. CIRDI n° ARB/03/9, décision sur l'annulation, 16 septembre 2011, § 100, et la jurisprudence citée; voy. également § 103. Voy. également *Vivendi I*, aff. CIRDI n° ARB/97/3, décision sur l'annulation, 3 juillet 2002, § 64, *AES Summit Generation Limited & AES-Tsiza Erömü Kft. c. Hongrie*, aff. CIRDI n° ARB/07/22, décision sur l'annulation, 29 juin 2012, qui accepte que « *annulment may be permitted in the exceptional circumstance that a tribunal's reasons are so contradictory that they effectively amount to no reasons at all* » (§ 53 de *AES Summit Generation*) et *Malicorp Limited c. Egypte*, aff. CIRDI n° ARB/08/18, décision sur l'annulation, 3 juillet 2013, §§ 39-41.

« *[t]he Tribunal nowhere states expressly that it finds the requirement in Article 25 (1) (b) of the ILC [on the state of necessity] not to be satisfied in this case. The Committee considers it unclear whether the Tribunal ultimately did make such a finding or not* »⁹³. A nouveau, cela va au-delà de ce qui est prévu à l'article 52 de la Convention.

Sans prendre part à la guerre de religion qui sévit quant à l'utilité d'un organe d'appel ni entrer plus avant dans une discussion de ce que sont les limites des fonctions d'un Comité *ad hoc*, il ne semble pas douteux que :

- premièrement, il y a des limites (qui pour l'essentiel sont dictées par le bon sens dès lors que l'on veut donner un sens réel – un effet utile – à la rédaction soigneusement pesée de l'article 52⁹⁴) et la nature « *extraordinary and narrowly circumscribed* » de cette voie de recours – pour reprendre les mots utilisés par Aron Broches⁹⁵ – doit être préservée ;

- deuxièmement, l'une de ces limites est que les Comités *ad hoc* ne sont pas des maîtres d'école et qu'ils ne devraient pas « faire la leçon » aux tribunaux « de première instance » lorsqu'une prise de position sur un aspect particulier de la sentence contestée n'est pas nécessaire à l'annulation de celle-ci ; ici encore, la critique du Professeur Schreuer sur la posture assumée des arbitres se comportant comme des « *educators* » ne peut qu'être approuvée : « *Some ad hoc committees seem to believe that they have a pedagogical function. That they have superior insights which it is their duty to impart upon the investment arbitration community. In some of the recent cases ad hoc committees assumed the role of supreme court judges whose task is to give policy guidelines or of educators who dispense gratuitous advice* »⁹⁶.

- troisièmement (et ce sera peut-être plus contesté), conformément aux règles de désignation des membres des comités *ad hoc*, il serait judicieux que, dans la mesure du possible, le Président du Conseil d'administration (qui jouit d'un certain pouvoir discrétionnaire en la matière) assure un minimum de continuité dans la composition des comités afin de promouvoir la constance et la cohérence de la jurisprudence⁹⁷. Peut-être est-ce un vœu pieu, mais il me semble essentiel que les membres des comités *ad hoc* ne se considèrent pas comme des

⁹³ *Enron c. Argentine*, aff. CIRDI n° ARB/01/3, décision sur l'annulation, 30 juillet 2010, § 384.

⁹⁴ Sur l'historique de la rédaction de cette disposition, voy. not. A. BROCHES, « Sentences Rendered pursuant to the ICSID Convention: Binding Force, Finality, Recognition, Enforcement, Execution », *ICSID Review*, vol. 2, 1987, pp. 298-303.

⁹⁵ *AES Summit Generation Limited & AES-Tsiza Erömü Kft. c. Hungary*, aff. CIRDI n° ARB/07.22, décision sur l'annulation, 29 juin 2012, § 17.

⁹⁶ C. SCHREUER, *op. cit.*, note 61, note 61, p. 223. La question de savoir si un Comité *ad hoc* peut recourir à des *obiter dicta* est une autre question.

⁹⁷ Pour une discussion sur des propositions plus radicales, voy. not. T. WÄLDE, « Improving the Mechanisms for Treaty Negotiation and Investment Disputes: Competition and Choice as the Path to Quality and Legitimacy », *Yearbook on International Law and Policy*, 2008/2009, pp. 505-584 ou K. YANNACA-SMALL, *op. cit.*, note 16, pp. 623-625.

législateurs, œuvrant pour leurs propres idées, mais davantage comme des « *consolidateurs* » et des « *diseurs* » du droit positif⁹⁸.

Leur premier souci devrait être d'appliquer correctement le mécanisme de l'annulation prévue à l'article 52 de la Convention. Alors seulement, devrait venir le temps d'un débat serein sur l'amélioration du système existant et / ou la création d'un organe d'appel, en parallèle ou en remplacement du mécanisme actuel. En outre, un système unifié pour le règlement des différends relatifs aux investissements pourrait être envisagé, mais cela appartient à un avenir lointain et constituera un but inatteignable aussi longtemps que le droit international (ou transnational) des investissements consistera principalement en un réseau d'engagements bilatéraux sur lequel la transplantation d'un système centralisé ne peut pas fonctionner ; un tel système ne pourra être raisonnablement envisagé que lorsqu'une convention internationale multilatérale sur la protection des investissements pourra être adoptée – mais ce n'est ni pour demain, ni pour après-demain... Quoi qu'il en soit, il est important de procéder pas à pas et de ne pas compromettre un système qui demeure fragile et, bien qu'il ne soit pas exempt de toute critique, dont les avantages l'emportent certainement sur les inconvénients. Pour le moment, l'annulation faute de mieux est la conclusion la plus raisonnable.

⁹⁸ Voy. M. DIMSEY, *op. cit.*, note 22, pp. 177-178 et C. STOCKFORD, *op. cit.*, note 26, pp. 328-329 (citant B. Daly & F. Smith, « Comment on the Differing Legal Frameworks of Investment Treaty Arbitration and Commercial Arbitration as Seen Through Precedent, Annulment, and Procedural Rules » in A. J. van den Berg (ed.), *50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 163 ou C. TAMS, *op. cit.*, note 27, p. 25.