

CENTRE INTERNATIONAL POUR LE REGLEMENT
DES DIFFERENDS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS

Procédure en annulation de la sentence arbitrale
rendue le 9 février 2004 entre

M. PATRICK MITCHELL

Demandeur

et

LA REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO

Défenderesse

Affaire N° ARB/99/7

DECISION SUR LA SUSPENSION
DE L'EXECUTION DE LA SENTENCE

Composition du Comité ad hoc :

Président :	Maître Antonias Dimolitsa
Membres du Comité <i>ad hoc</i> :	Maître Robert S. M. Dossou Professeur Andrea Giardina
Secrétaire du Comité <i>ad hoc</i> :	Madame Martina Polasek

Les conseils des parties sont :

Pour M. Patrick H. Mitchell (Demandeur) :

Maître Philip Botha
Fluxmans Inc.
11 Biermann Avenue (Corner Cradock Avenue)
Rosebank, 2196
Johannesburg, Afrique du Sud

Et

Maître Emmanuel Gaillard
Shearman & Sterling LLP
114 Avenue des Champs Elysées
75008 Paris, France

Pour la République Démocratique du Congo (Défenderesse) :

Maître Tshibangu Kalala
33, rue Uyttenhove, boîtes 2 et 3
1090 Bruxelles, Belgique

Et

Maître Nicolas Angelet et
Maître Joe Sepulchre
Liedekerke, Wolters, Waelbroeck, Kirkpatrick
Boulevard de l'Empereur, 3
1000 Bruxelles, Belgique

I. PROCEDURE

1. Le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (« le CIRDI », ou « le Centre ») a reçu le 7 juin 2004 une demande en annulation (« la demande ») en date du même jour, émanant de la République Démocratique du Congo (« RDC », ou « la défenderesse »), à l'encontre de la sentence arbitrale rendue le 9 février 2004 dans l'affaire n° ARB/99/7 (« la sentence ») entre la République Démocratique du Congo et M. Patrick Mitchell (« le demandeur »). La demande a été enregistrée par le Secrétaire général du CIRDI le 15 juillet 2004, ce qui a fait l'objet d'une notification aux parties le même jour.

2. La demande en annulation de la sentence comportait aussi une requête en suspension de son exécution sur le fondement de l'article 52(5) de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats (« la Convention ») et de l'article 54(1) du Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage (« le Règlement d'arbitrage »). L'article 52(5), deuxième phrase, de la Convention prévoit que : « *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* » ; en effet, le Secrétaire général a informé les parties, lors de la notification de l'enregistrement par le Centre de la demande, que l'exécution de la sentence était suspendue à titre provisoire.

3. Le Comité *ad hoc* a été constitué le 24 août 2004. L'article 54(2), deuxième phrase, du Règlement d'arbitrage prévoit que : « *Dès qu'il est constitué, le Tribunal ou le Comité, sur requête de l'une ou l'autre des parties, se prononce dans les 30 jours sur le maintien de la suspension ; sauf s'il est décidé à la maintenir, la suspension est automatiquement levée* ». En l'espèce, la République Démocratique du Congo a formé une telle requête par lettre du 30 août 2004 ; par conséquent, le Comité devait rendre une décision sur la suspension jusqu'au 30 septembre 2004.

4. Afin de donner aux parties la pleine faculté de présenter leurs observations sur la question de la suspension d'exécution et de permettre au Comité de rendre sa décision dans les deux langues (français et anglais), il a été demandé aux parties, par lettre du 9 septembre 2004, de consentir à une prolongation jusqu'au 30 novembre 2004 du délai prévu par l'article 54(2), deuxième phrase du Règlement d'arbitrage. La République Démocratique du Congo a donné son accord à cette prolongation par lettre du 17 septembre 2004, et M. Patrick Mitchell par un message électronique en date du 19 septembre 2004.

5. Par lettre du 21 septembre 2004, les parties ont été invitées à présenter leurs observations sur la question de la suspension d'exécution : la RDC devait déposer ses conclusions jusqu'au 5 octobre 2004, et M. Patrick Mitchell devait répondre jusqu'au 20 octobre 2004.

6. Les délais indiqués ont été respectés, et le Centre a reçu le 5 octobre 2004 les observations de la RDC sur la question de la suspension d'exécution de la sentence, et le 20 octobre 2004 la réponse de M. Patrick Mitchell.

7. En application de l'article 13 du Règlement d'arbitrage, une première session s'est tenue le 23 octobre 2004 à Paris, à laquelle les parties ont assisté par conférence téléphonique. A cette occasion, il a été convenu que la RDC disposerait d'un délai jusqu'au 28 octobre 2004 pour soumettre sa réplique aux observations de M. Patrick Mitchell sur la question de la suspension d'exécution, et que M. Patrick Mitchell disposerait quant à lui d'un délai jusqu'au 3 novembre 2004 pour présenter sa duplique sur cette même question.

8. Les délais indiqués ont été respectés, et le Centre a reçu le 28 octobre 2004 la réplique de la RDC, et le 3 novembre 2004 la duplique de M. Patrick Mitchell.

9. Les parties ont indiqué qu'elles étaient d'accord pour ne pas tenir d'audience sur la question de la suspension d'exécution, comme il résulte du message électronique de la République Démocratique du Congo en date du 5 novembre 2004 et de celui de M. Patrick Mitchell en date du 8 novembre 2004. Le Comité *ad hoc* ne voyait pas non plus l'utilité d'une telle audience.

II. POSITION DES PARTIES

A. La position de la République Démocratique du Congo, telle qu'elle ressort de ses écritures des 5 et 28 octobre 2004, est en résumé la suivante :

10. Premièrement, la RDC soutient qu'il lui serait très difficile sinon impossible de recouvrer le montant de la condamnation ordonnée par la sentence, au cas où celle-ci serait annulée. Elle fait valoir que M. Patrick Mitchell, en tant qu'avocat, a une activité fondée sur des biens immatériels tels sa clientèle ou son savoir-faire, sur lesquels aucune exécution forcée n'est réalisable. Elle ajoute que les revenus de M. Patrick Mitchell sont dispersés dans plusieurs pays. Elle indique d'ailleurs que le montant alloué par la sentence à M. Patrick Mitchell est susceptible de faire l'objet de réclamations des associés de ce dernier ou de ses associations d'avocats, ce qui compliquerait le recouvrement par la RDC. La défenderesse soutient aussi que M. Patrick Mitchell dispose des moyens nécessaires pour

éventuellement procéder à des opérations financières déterminant la localisation de ses revenus, et encore qu'il n'a pas de résidence connue. Elle conclut qu'une exécution forcée serait quasiment impossible à son encontre.

11. Deuxièmement, la RDC soutient que M. Patrick Mitchell exerçant des activités professionnelles lucratives, il n'est pas urgent pour lui de disposer de l'indemnité qui lui est accordée par la sentence, et ce d'autant plus que cette somme est assortie d'intérêts jusqu'au jour du paiement. La défenderesse ajoute sur ce point que l'accord de M. Patrick Mitchell quant à la prolongation du délai dont le Comité a bénéficié pour statuer sur la suspension démontre l'absence d'urgence dans le chef du demandeur.

12. Troisièmement, la RDC soutient que ses moyens d'annulation sont *prima facie* pertinents, faisant valoir qu'ils concordent avec les critiques formulées par l'arbitre dissident M. Yawovi Agboyibo, arbitre nommé par le CIRDI. En d'autres termes, la RDC fait valoir que la procédure en annulation n'a aucun caractère dilatoire, ce qui ressort d'après elle du caractère sérieux des moyens qu'elle invoque.

13. La République Démocratique du Congo conclut en demandant que la suspension demandée ne soit pas assortie de l'octroi d'une garantie à M. Patrick Mitchell. Elle fait valoir qu'en général la constitution d'une garantie, qui est une charge importante pour un pays en développement comme la RDC, s'érigerait en obstacle à l'introduction de demandes en annulation faites de bonne foi et bien fondées. Elle ajoute que si sa situation financière est difficile comme le prétend le demandeur, il n'est nullement évident qu'elle soit effectivement en mesure de négocier une garantie à des conditions raisonnables ; la constitution d'une telle garantie serait par ailleurs un précédent pour ses autres créanciers.

14. En ce qui concerne le dépôt du montant de la condamnation en escrow account (compte séquestre) comme proposé par M. Patrick Mitchell, la RDC explique qu'elle a d'autres priorités budgétaires. Faisant référence à la Résolution 1565 du 1^{er} octobre 2004 du Conseil de sécurité de l'ONU, elle précise que ses fonds doivent être affectés en priorité au maintien de la paix et de la sécurité internationales. Elle soutient dans ce contexte que le montant dû à M. Patrick Mitchell en vertu de la sentence revêt une importance considérable, puisqu'il permettrait, hors intérêts, de payer la solde de 2 071 soldats congolais pendant six mois, ou de 12 426 soldats pendant un mois ; avec les intérêts, cette somme permettrait de financer la solde de 2 878 soldats pendant six mois ou de 17 270 soldats pendant un mois.

15. La RDC indique enfin que les organisations internationales ont été appelées par le Conseil de sécurité, dans la Résolution précitée, à apporter leur appui

à la RDC dans ses efforts de rétablissement de son intégrité territoriale et de développement économique. Dès lors, la RDC estime que la suspension d'exécution de la sentence doit être accordée par le Comité sans condition.

B. La position de M. Patrick Mitchell, telle qu'elle ressort de ses écritures des 20 octobre et 3 novembre 2004, est en résumé la suivante:

16. M. Patrick Mitchell fait valoir que la RDC avait, en date du 9 février 2004 (date de la sentence), une obligation de lui payer le montant de la condamnation, qui découle du Traité bilatéral entre les Etats-Unis d'Amérique et la République Démocratique du Congo, ainsi que de la Convention du CIRDI. Il soutient à cet égard que la demande en annulation et la requête de suspension d'exécution de la RDC sont spécieuses et ne visent qu'à retarder son paiement.

17. Le demandeur répond au premier argument de la RDC quant aux difficultés de recouvrement, en indiquant ses adresses en Afrique du Sud et aux Etats-Unis, et en proposant de fournir à la défenderesse une liste de biens qui pourraient être saisis au cas où la RDC aurait gain de cause à la procédure d'annulation, à condition toutefois que celle-ci fasse de même à son égard.

18. M. Patrick Mitchell fait valoir ensuite que s'il a accepté la suspension d'exécution de la sentence jusqu'à la fin du mois de novembre 2004, c'était uniquement dans un objectif de bonne justice, pour que chaque partie puisse présenter ses observations.

19. Le demandeur ajoute qu'il ne trouve dans la sentence ni dans l'opinion dissidente de M. Yawovi Agboyibo aucune preuve *prima facie* qui pourrait justifier l'annulation de la sentence, et qu'au contraire il est d'avis que toutes les démarches de la RDC sont mues par un esprit dilatoire.

20. Quant à la question de la constitution d'une garantie en cas de suspension d'exécution, M. Patrick Mitchell indique dans son premier mémoire qu'il est disposé, pour éviter à la RDC les frais bancaires afférents, à placer sur un escrow account une somme équivalente auxdits frais, de telle sorte que cette somme serait payable à la défenderesse dans le cas où celle-ci obtiendrait l'annulation de la sentence. M. Patrick Mitchell indique encore que dans le cas où il serait ordonné à la RDC de constituer une garantie pour le montant de la sentence, plus les frais et les intérêts échus, il serait disposé à renoncer aux intérêts qui courront pendant la procédure d'annulation¹.

¹ Le Comité, percevant cette position de M. Patrick Mitchell comme une offre implicite d'arrangement amiable avec la RDC quant à la suspension, a attiré l'attention de la RDC sur ce point au cours de la session du 23 octobre 2004, en lui demandant de prendre position. La RDC a continué de plaider contre la garantie.

21. La défenderesse ayant continué de plaider contre la garantie dans sa réplique du 28 octobre 2004, M. Patrick Mitchell conclut dans sa duplique du 3 novembre 2004 que décider la suspension d'exécution de la sentence sous la condition de la constitution d'une garantie est conforme à la pratique des procédures en annulation du CIRDI ; à l'appui de cette position, il se réfère à divers précédents et à un document (« Discussion Paper ») du CIRDI du 22 octobre 2004. Par ailleurs, M. Patrick Mitchell souligne que rien dans la Convention CIRDI ne dit qu'une partie à un arbitrage CIRDI doit bénéficier d'un droit à une protection contre les tentatives d'exécution de la sentence au cours d'une procédure d'annulation. M. Patrick Mitchell en tire la conséquence qu'un coût réel devrait être supporté par la défenderesse, en contrepartie d'une décision du Comité d'accorder la suspension d'exécution.

22. Les conclusions de M. Patrick Mitchell dans son mémoire du 20 octobre restent valables : M. Patrick Mitchell accepte une suspension d'exécution jusqu'à ce que la procédure en annulation soit achevée, à la condition que la défenderesse constitue une garantie ou bien dépose sur un escrow account le montant échu de la condamnation de la sentence ; sinon, il demande la levée de la suspension.

III. DISCUSSION

A. La question de la suspension d'exécution

23. Selon l'article 52(5) de la Convention : « *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* ». Aucune indication n'est donnée quant aux circonstances qui devraient être retenues comme exigeant la suspension, si bien que le Comité est libre d'apprécier les arguments des parties au vu du cas d'espèce. A cette fin, il n'est pas lié par les précédents existants du CIRDI ; ceux-ci sont cependant des exemples de la pratique qui doivent en tant que tels être considérés, d'autant plus si les parties s'y réfèrent, ce qui est le cas en l'espèce ; et ils sont susceptibles d'influencer le Comité, s'ils sont convaincants et concernent des circonstances similaires.

24. Le premier argument de la RDC concerne les difficultés de recouvrement du montant de la sentence, si cette dernière est annulée. A cet égard, le Comité retient que M. Patrick Mitchell est une personne physique avec des activités et des biens difficilement localisables. En théorie, on ne peut donc pas exclure des difficultés éventuelles de recouvrement. En réponse à cet argument, M. Patrick Mitchell s'est déclaré prêt à donner une liste de biens saisissables. Pourtant cette

proposition, bien que témoignant d'une bonne volonté, n'est pas suffisante pour exclure tout danger éventuel de non-recouvrement. Enfin, les circonstances de la présente affaire ressemblent à celles de *MINE*², dont la motivation a été reprise par *Wena*³. L'appréhension de la RDC de ne pas pouvoir recouvrer les montants payés est ainsi justifiable.

25. En ce qui concerne la question de l'absence d'urgence pour M. Patrick Mitchell de disposer du montant de la sentence, qui constitue le deuxième argument de la RDC, elle n'est pas susceptible d'influencer le raisonnement du Comité. M. Patrick Mitchell est le bénéficiaire de la sentence du 9 février 2004, et il est en droit à ce titre de faire exécuter cette sentence. Qu'il ait ou non besoin de disposer immédiatement des montants de la sentence est une question contingente et personnelle à M. Patrick Mitchell, qui se trouve hors du cadre de la présente procédure.

26. Le Comité refuse d'entrer dans la question de la pertinence *prima facie* des moyens en annulation, qui constitue un autre argument de la RDC. En effet, toute considération du fond et des chances d'annulation de la sentence serait déplacée. Ceci dit, le caractère *prima facie* dilatoire ou non de la demande en annulation est une question différente, qui ne se réfère pas aux chances de succès de la demande, mais à la manière dont celle-ci est présentée, c'est-à-dire à l'apparence sérieuse ou non des arguments qu'elle contient ; une demande *prima facie* dilatoire serait celle qui aurait un caractère manifestement abusif et exclurait de ce seul fait la suspension d'exécution. Tel n'est pas le cas de la demande formée par la RDC, et ceci indépendamment de la concordance de certains des arguments qu'elle avance avec la position de l'arbitre dissident M. Yawovi Agboyibo. Par ailleurs le fait, souligné par M. Patrick Mitchell, que la demande en annulation a été introduite par la RDC à la fin du délai prescrit par l'article 52(2) de la Convention, ne change en rien cette constatation : les délais en vue de l'exercice d'un droit permettent à la partie intéressée d'en tirer

² Maritime International Nominees Establishment [MINE] v. Republic of Guinea, Decision partially annulling the award, Dec. 22, 1989, 5 ICSID Rev-FILJ 95 (1990): "*MINE is a corporation controlled by a single individual who would be able to thwart any recoupment by Guinea of assets seized by MINE by transferring those assets out of MINE.*"

³ Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt, Decision on application for annulment, Feb. 5, 2002, 41 I.L.M. 933, paras. 5-6 (2002); Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt, Procedural Order No. 1 of the *ad hoc* Committee concerning the continuation of the stay of enforcement of the award, Apr. 5, 2001, 18(10) Mealey's Int'l Arb. Rep. 33 (2003): "... *Wena Hotels Limited is currently reduced to a 'shell' company, almost entirely without assets, and that is controlled by a single individual.*"

profit jusqu'au dernier moment, d'autant plus si cette partie est un Etat qui doit activer différents rouages administratifs.

27. La situation actuelle de la RDC constitue un argument avancé par la défenderesse quant à la question de l'escrow account. Le Comité pense pourtant qu'il faut l'examiner de prime abord au regard de sa décision sur la suspension. Au vu de la situation politique fragile de la RDC décrite par la Résolution 1565 de l'ONU du 1^{er} octobre 2004 à laquelle se réfère la défenderesse, de nombreux efforts doivent être entrepris afin d'assurer la paix et la sécurité dans la région, ce qui implique une charge financière importante pour l'Etat. Le Comité pense que dans ce contexte le paiement de la somme de 750 000 plus 95 000 USD hors intérêts ordonné par la sentence — même si cette somme paraît minime — pourrait constituer aujourd'hui une charge supplémentaire notable pour la RDC. S'il ne s'agit pas, comme dans le cas de la Guinée dans l'affaire MINE, de « *conséquences catastrophiques, immédiates et irréversibles sur la conduite de ses affaires* »⁴, le paiement immédiat par la RDC de cette somme pourrait pourtant perturber ses plans actuels visant le rétablissement de son autorité et le développement économique et social du pays.

28. En conclusion, le Comité retient que si la somme de la sentence est payée, d'une part on ne peut pas exclure des vraies difficultés de recouvrement de la somme en cas d'annulation de la sentence et, d'autre part, il y a un risque évident de conséquences malencontreuses de ce paiement sur les efforts de restructuration de la RDC. Chacune de ces deux constatations ne peut à elle seule justifier la suspension d'exécution. La coexistence, pourtant, de ces deux éventualités rend le Comité enclin à accepter la suspension d'exécution, d'autant plus que celle-ci paraît conforme à la pratique générale. On voit en effet que dans un domaine différent mais avec la même 'raison d'être', la suspension d'exécution d'une décision judiciaire pendant la procédure d'appel est quasi-automatique, selon plusieurs droits nationaux⁵. La même chose est valable dans le cadre des recours en annulation à l'encontre de sentences arbitrales, en application de l'article VI de la Convention de New-York. Enfin et surtout, tandis que l'annulation d'une sentence CIRDI est une mesure

⁴ Op. c. note 2: "The criterion is, rather, whether termination of the stay would have what Guinea calls 'catastrophic' immediate and irreversible consequences for its ability to conduct its affairs."

⁵ V. dans le même sens Paul D. Friedland, "Stay of Enforcement of the Arbitral Award Pending ICSID Annulment Proceedings," in Annulment of ICSID Awards, IAI Series on International Arbitration No. 1.

exceptionnelle, la suspension d'exécution de la sentence pendant la procédure d'annulation a été décidée dans toutes les procédures où une telle suspension a été demandée⁶.

29. Le Comité décide ainsi à l'unanimité de maintenir la suspension d'exécution de la sentence du 9 février 2004 jusqu'au prononcé de sa décision sur la demande en annulation de la RDC.

B. La question de la garantie

30. La suspension d'exécution de la sentence peut être assortie ou non d'une garantie en faveur du bénéficiaire de la sentence, M. Patrick Mitchell. En vue de l'examen de cette question, le Comité s'arrête de prime abord à quelques considérations d'ordre général :

31. La constitution d'une garantie vise à prévenir le risque du défaut d'exécution dans le futur. Il n'est pas exagéré de dire que la garantie est une « *forme de paiement conditionnel d'avance* »⁷. Nulle part dans la Convention ou le Règlement d'arbitrage du CIRDI il n'est dit que la suspension d'exécution doit, ou peut (comme c'est le cas dans l'article VI de la Convention de New-York) être assortie de la constitution d'une garantie. Il est pourtant évident que cette question est laissée à la discrétion du Comité. Et sur ce point, on note que tous les Comités *ad hoc* du CIRDI qui ont eu à décider de la suspension d'exécution d'une sentence ont également traité la question de la garantie⁸. Quatre d'entre eux ont conditionné leur décision de suspension à l'octroi d'une garantie⁹; un seul a accordé la suspension sans constitution de garantie¹⁰. Le « Discussion Paper » du CIRDI du 22 octobre 2004 n'a fait que constater cette pratique.

32. L'argument le plus fort contre l'octroi d'une garantie, auquel se réfère expressément la RDC, est que le bénéficiaire de la garantie se trouvera, quant

⁶ Amco Asia Corporation and Others v. Republic of Indonesia, Decision annulling the Award, May 16, 1986, 25 I.L.M. 1439 (1986) [Amco I]; Amco Asia Corporation and Others v. Republic of Indonesia, Decision rejecting the parties' applications for annulment of the Award and annulling the decision on supplement decisions and rectifications, Dec. 17, 1992 [Amco II] (citée dans l'article de Paul D. Friedland, *op. c.* note 5); Wena, *op. c.* note 3; MINE, *op. c.* note 2; CDC Group PLC v. Republic of Seychelles, Decision on Whether or Not to Continue Stay and Order of July 14, 2004, publiée sur le site www.transnational-disputes-management.com.

⁷ « *conditional payment in advance* »: V. Paul D. Friedland, *op. c.* note 5.

⁸ Amco I, *op. c.* note 6; Amco II, *op. c.* note 6; Wena, *op. c.* note 3; MINE, *op. c.* note 2; CDC Group PLC, *op. c.* note 6.

⁹ Amco I, *op. c.* note 6; Amco II, *op. c.* note 6; Wena, *op. c.* note 3; CDC Group PLC, *op. c.* note 6.

¹⁰ MINE, *op. c.* note 2.

à l'exécution de la sentence, dans une situation bien plus favorable que celle dont il bénéficiait avant la suspension provisoire. Il faut aussi mentionner qu'il s'agissait là de la principale considération qui a amené le Comité dans l'affaire *MINE* à décider d'accorder la suspension d'exécution sans la condition d'une garantie¹¹. Cet argument est conforté par le fait que cette amélioration de la position du bénéficiaire de la sentence se juxtapose à l'article 55 de la Convention, qui préserve l'immunité d'exécution des États signataires.

33. Pourtant, la règle étant qu'un État est tenu en vertu de la Convention d'exécuter la sentence et que l'annulation d'une sentence CIRDI est « inhabituelle »¹², quand un État demande la suspension d'exécution de la sentence il paraît raisonnable de lui ordonner de constituer une garantie, sauf si celle-ci signifie que l'État en question supporterait des frais énormes ou que la somme due devrait être bloquée, ce qui aurait des répercussions sérieuses sur son budget de fonctionnement. Par ailleurs, s'il est vrai que la constitution d'une garantie améliore la position du bénéficiaire de la sentence quant à l'exécution de celle-ci, elle est aussi la contrepartie de l'effet négatif de la suspension pour le bénéficiaire, c'est-à-dire la contrepartie du retard de la satisfaction de celui-ci par un paiement devant en principe être immédiat.

34. D'un autre côté cependant, il faut toujours garder en vue que la garantie a pour but d'assurer le paiement—si la sentence est maintenue—et que par conséquent il doit exister un risque sérieux de non-exécution de la sentence dans le futur.

35. En particulier, dans le cas d'espèce :

36. Il faut d'abord exclure un escrow account (demande alternative de M. Patrick Mitchell comme sûreté conditionnant la décision sur la suspension). En effet, comme cela a déjà été décidé par le Comité *ad hoc* dans le contexte de la question de la suspension en soi, le fait que la RDC ne puisse utiliser la somme de la sentence en raison d'un paiement immédiat pourrait avoir des répercussions significatives sur sa situation actuelle. Il est évident que le dépôt de cette somme sur un escrow account, c'est-à-dire son blocage jusqu'à la décision sur l'annulation de la sentence, produirait le même résultat pour la RDC.

¹¹ Op. c. note 2 : "To require such a guarantee would, in addition to involving what might turn out to be very heavy expenditure for the fees of the guaranteeing bank and possibly making it necessary to freeze the amount of the Award and the interest accruing thereon, place *MINE* in a much more favourable position than it enjoys at the present time and also in a more favourable position than it enjoyed prior to the provisional stay."

¹² "an unusual remedy for unusual situations" : V. C. Schreuer, "Three Generations of ICSID Annulment Proceedings," in *Annulment of ICSID Awards*, IAI Series on International Arbitration No. 1, spec. p. 42.

37. Tous les arguments de la RDC quant aux difficultés de sa situation se rapportent au blocage de la somme comme conséquence d'un escrow account, et non pas à la constitution d'une garantie bancaire. Les arguments concernant cette dernière ne visent en fait qu'à contredire les arguments du demandeur ; ils se limitent aux difficultés de négocier une garantie à des « conditions raisonnables », et au risque que d' « autres créanciers ne manqueraient pas d'exiger ultérieurement un traitement comparable ». De l'avis du Comité, le premier argument n'est pas pertinent tel qu'il a été présenté—c'est-à-dire de manière hypothétique et imprécise—et ne permet pas de discussion plus étendue, d'autant plus qu'il est difficile de croire qu'un Etat ne soit pas en mesure de constituer une garantie bancaire pour environ un million de dollars à des conditions plus ou moins acceptables. Quant au deuxième argument, il ne peut de toute manière influencer le Comité dans sa décision, sauf à lui faire penser qu'il existe effectivement plusieurs créanciers de la RDC restant impayés.

38. Quant aux arguments de M. Patrick Mitchell qui plaide pour l'octroi d'une garantie, ils se réfèrent à l'existence d'une dette très importante de la RDC envers des créanciers locaux, ce qui n'implique pas pour autant que la RDC ne respecte pas ses obligations internationales.

39. Vu les arguments des parties, le Comité se sent obligé de prendre un peu de recul pour former sa décision, en revenant à des considérations plus générales et objectives :

40. Référence est faite à l'argument le plus important contre la constitution d'une garantie, mentionné ci-dessus au paragraphe 32, c'est-à-dire l'amélioration de la situation du bénéficiaire de la garantie quant à l'exécution. Cette amélioration ne fait aucun doute, mais il y a plus : sous un autre aspect en effet, si l'on considère la garantie au regard du débiteur et de son droit de demander l'annulation de la sentence en vertu des articles 52 de la Convention et 50 du Règlement d'arbitrage, on peut dire que la constitution d'une garantie, qui est toujours une charge, pénalise en fait le demandeur en annulation. Or une partie doit rester libre d'introduire une telle procédure en annulation. Il ne fait d'ailleurs pas de doute que sans l'existence de cette procédure, les Etats n'auraient pas ratifié la Convention du CIRDI¹³. Et sur ce point, le Comité estime que l'argument de la RDC selon lequel la constitution de garantie s'érigerait en obstacle à l'introduction de demandes en annulation faites de bonne foi par les pays en développement, a une certaine valeur.

¹³ V. Pierre Lalive, "Concluding Remarks," *in* Annulment of ICSID Awards, IAI Series on International Arbitration No. 1, spéc. p. 300.

41. Par ailleurs, la constitution d'une garantie n'est pas forcément nécessaire pour assurer l'exécution future de la sentence si celle-ci est maintenue. L'immunité d'exécution d'un Etat (Article 55 de la Convention) ne le dispense pas d'exécuter la sentence, vu l'engagement formel qu'il a pris à cet effet en signant la Convention. S'il ne le fait pas, son comportement est susceptible de diverses sanctions indirectes. Précisément, référence est faite aux articles 27 et 64 de la Convention. L'Etat de l'investisseur est autorisé, en vertu de l'article 27, à exercer son droit de protection diplomatique à l'encontre de l'Etat qui ne respecte pas son obligation d'exécuter une sentence arbitrale du Centre, mais aussi, en vertu de l'article 64, à saisir la Cour Internationale de Justice¹⁴. En outre, le refus d'un Etat d'exécuter une sentence CIRDI peut avoir un effet négatif sur la place de cet Etat dans la communauté internationale, quant à la poursuite d'une assistance financière internationale ou à l'arrivée d'autres investissements.

42. Au vu de toutes ces considérations, et malgré le fait que la RDC n'a pas démontré que la constitution d'une garantie bancaire lui ferait supporter des frais énormes ayant des répercussions sérieuses sur sa situation actuelle, le Comité *ad hoc* est en majorité d'avis que la constitution d'une garantie ne conditionne nécessairement la décision de suspendre l'exécution que si le Comité est convaincu qu'il existe des circonstances qui rendront véritablement plus difficile l'exécution de la sentence dans le cas où celle-ci serait maintenue. Dans le cas d'espèce, le Comité n'est pas convaincu que la RDC, malgré ses difficultés politiques actuelles, ne se conformera pas dans le futur à ses obligations internationales découlant de la Convention du CIRDI. De surcroît, la somme à payer étant vraiment minime, il est difficile de croire que la RDC prendrait le risque de s'exposer aux sanctions évoquées ci-dessus (para. 41) en refusant d'exécuter la sentence si celle-ci est maintenue.

43. Un des trois membres du Comité, tout en suivant complètement le raisonnement du présent chapitre sur la garantie, conclut pourtant différemment, attribuant plus de poids aux paragraphes 33, 37 et 38 ci-dessus et tenant spécialement compte des éléments suivants: (i) que la RDC ne démontre pas—ni même ne prétend—que la constitution d'une garantie serait une charge vraiment importante pour elle (parce que les frais bancaires seraient énormes ou que la somme de la sentence devrait être bloquée), (ii) qu'objectivement les frais bancaires concernant la constitution d'une garantie pour cette somme minime

¹⁴ V. Christoph H. Schreuer, "The ICSID Convention: A Commentary," Article 64 p. 1259 *et seq.*, spéc. p. 1263.

ne peuvent pas être très élevés, (iii) que dans le cadre précis d'une procédure d'annulation du CIRDI, il n'est pas raisonnable de faire dépendre la décision sur la garantie uniquement du principe, en soi, qu'un Etat doit se conformer à ses obligations internationales (un Comité ne pourrait alors jamais se former la conviction qu'un Etat ne se conformera pas à cette obligation dans le futur, et par conséquent la constitution d'une garantie ne devrait jamais être ordonnée à un Etat). De l'avis minoritaire, la constitution d'une garantie bancaire par la RDC pour la totalité de la somme de la sentence serait justifiée au vu des circonstances de l'espèce.

IV. DECISION

Par ces motifs, le Comité *ad hoc* décide :

De maintenir, conformément à l'article 54(2) du Règlement d'arbitrage, la suspension d'exécution de la sentence rendue le 9 février 2004, jusqu'à ce que le Comité *ad hoc* ait statué sur la demande en annulation soumise par la République Démocratique du Congo.

La présente décision est signée au nom du Comité par son Président.

ANTONIAS DIMOLITSA
Président du Comité ad hoc

Athènes, le 30 novembre 2004