

**Centre International pour le Règlement des Différends
relatifs aux Investissements**
1818 H Street, N.W., Washington, D.C. 20433, U.S.A.
Téléphone : (202) 458-4109 Télécopieurs : (202) 522 2615 / 522 2027
Site Internet : www.worldbank.org/icsid

le 12 novembre 2009

Par courriel

Participaciones Inversiones Portuarias SARL
c/o Maître Pascal Clément
Orrick Rambaud Martel
31, avenue Pierre 1^{er} de Serbie
75782 Paris Cedex 16
France

République gabonaise
c/o Professeur Emmanuel Gaillard et
Maître Yas Banifatemi
Shearman & Sterling LLP
114, avenue des Champs–Elysées
75008 Paris
France

Réf : PIP Sàrl c. République gabonaise (Affaire CIRDI ARB/08/17)

Madame, Messieurs,

1. Par lettre du 21 octobre 2009, le Professeur Paulsson, Président du Tribunal constitué dans cette affaire, faisait savoir, au nom du Professeur Stern et en son nom, qu'ils se trouvaient dans une impasse pour décider de la demande de récusation formulée par la République gabonaise à l'encontre du Professeur Fadlallah. Par conséquent, ils s'en remettaient au Président du Conseil administratif du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (le CIRDI ou le Centre) conformément à l'article 58 de la Convention de Washington de 1965 pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre Etats et Ressortissants d'autres Etats (ci-après la Convention CIRDI ou la Convention de Washington).

2. C'est dans le cadre de cette demande que je vous fais part de la décision prise par le Président du Conseil administratif. Après un rappel de la procédure à ce jour, cette lettre exposera la position des parties et procédera à l'examen de la demande de récusation formulée par la République gabonaise à l'encontre du Professeur Fadlallah, avant de rejeter la demande pour défaut de fondement.

I. PROCEDURE

3. Le 16 décembre 2008, le Secrétaire général par intérim du Centre enregistrait la requête d'arbitrage en date du 30 septembre 2008 présentée par Participaciones Inversiones Portuarias SÁRL (« la demanderesse ») contre la République gabonaise (« la défenderesse »).
4. A défaut d'accord sur la méthode de constitution du Tribunal arbitral, la partie demanderesse confirmait le 11 mars 2009 recourir à l'article 37(2)(b) de la Convention de Washington et désignait Monsieur le Professeur Ibrahim Fadlallah, de nationalité libanaise et française, comme arbitre.
5. Le 16 mars 2009, les conseils de la défenderesse s'interrogeaient par écrit auprès du Centre sur le bien-fondé de cette désignation, demandant à ce qu'elle soit rapportée, au vu de l'affaire Compagnie d'Exploitation du Chemin de Fer Transgabonais c. la République gabonaise (Affaire CIRDI ARB/04/5) (« l'affaire Transgabonais »). Le Centre relevait le même jour qu'en vertu de l'article 57 de la Convention CIRDI et de l'article 9 du Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage du CIRDI (« le Règlement d'arbitrage »), une partie ne peut demander la récusation d'un arbitre qu'une fois le Tribunal constitué.
6. Les parties étaient informées le 31 mars 2009 que le Professeur Fadlallah avait accepté sa nomination. Une copie de la déclaration qualifiée du Professeur Fadlallah en date du 31 mars 2009 était jointe à la lettre du Centre. Le Professeur Fadlallah précisait avoir présidé le tribunal arbitral constitué dans l'affaire Compagnie d'Exploitation du Chemin de Fer Transgabonais c. la République gabonaise (Affaire CIRDI ARB/04/5), affaire dans laquelle une sentence a été rendue le 7 mars 2008. Le Professeur Fadlallah ajoutait « [m]on rôle est terminé dans cette affaire, quelle que soit l'issue du recours exercé contre cette sentence. Il va de soi que le fait d'avoir présidé un autre arbitrage dans lequel la République gabonaise a été partie n'affecte en rien mon aptitude à exercer mes fonctions de co-arbitre en toute indépendance, objectivité et équité ».
7. Le 4 mai 2009, la partie défenderesse désignait Madame le Professeur Brigitte Stern, de nationalité française, comme arbitre. Les parties étaient informées le 11 mai 2009 que le Professeur Stern avait accepté sa nomination.
8. En application de l'article 38 de la Convention de Washington, le Président du Tribunal, Monsieur le Professeur Jan Paulsson, de nationalité française, a été désigné par le Président du

Conseil administratif du Centre. Le Tribunal a été constitué le 9 juin 2009 conformément à l'article 37(2)(b) de la Convention CIRDI, et l'instance réputée engagée à cette date. Conformément à l'article 6(2) du Règlement d'arbitrage du CIRDI, une copie des déclarations signées par tous les membres du Tribunal était adressée aux parties le 17 juin 2009.

9. Conformément à l'article 13 du Règlement d'arbitrage, une première session s'est tenue le 25 juillet 2009 à Paris. Lors de cette session, les conseils de la partie défenderesse ont formulé oralement une demande de récusation à l'encontre du Professeur Fadlallah en application de l'article 57 de la Convention de Washington. L'instance a été réputée suspendue le même jour en application de l'article 9(6) du Règlement d'arbitrage. Par commodité, les parties ont cependant accepté de discuter des points de l'ordre du jour. Un procès-verbal de la première session a été ensuite adressé aux parties le 31 juillet 2009 avec l'indication que les parties seraient invitées, à la reprise de l'instance, à confirmer leur accord sur les différents points qui avaient été convenus lors de la session. Un projet d'ordonnance de procédure portant notamment sur le calendrier de l'instance était également joint pour la parfaite information des parties dans l'attente de la reprise de l'instance.
10. Conformément au calendrier décidé, la partie défenderesse a soumis sa position sur la récusation le 14 août 2009. La partie demanderesse a répondu le 7 septembre 2009. La partie défenderesse a répliqué le 14 septembre 2009, et la partie demanderesse a répondu le 18 septembre 2009. Le Professeur Fadlallah a également soumis des observations le 22 septembre 2009.
11. Par lettre du 1er septembre 2009, la partie demanderesse demandait à la partie défenderesse de produire une copie de la sentence rendue dans l'affaire Transgabonais. Par lettre officielle du 2 septembre 2009, la partie défenderesse s'y opposait.
12. Le 21 octobre 2009, le Professeur Paulsson saisissait le Centre conformément à l'article 58 de la Convention de Washington qui dispose qu'en « *cas de partage égal des voix, ou si la demande en récusation vise un conciliateur ou un arbitre unique ou une majorité de la Commission ou du Tribunal, la décision est prise par le Président* [du Conseil administratif] ».
13. L'article 9(5) du Règlement d'arbitrage prévoit que « [l]orsque le Président est appelé à se prononcer sur une demande en récusation d'un arbitre, il déploie tous les efforts possibles pour le faire dans le délai de 30 jours après avoir reçu la demande ».

II. POSITION DES PARTIES

1. Position de la partie défenderesse

14. La défenderesse estime que le Professeur Fadlallah « *ne peut raisonnablement aborder ce nouvel arbitrage avec l'objectivité et l'impartialité qui doivent caractériser un arbitre saisi d'un nouveau litige* » (Lettre du 14 août 2009, p. 2). Sans remettre en cause sa compétence et ses qualités intrinsèques, la défenderesse considère que le Professeur Fadlallah ne peut offrir « *toute garantie d'indépendance dans l'exercice de [ses] fonctions* » au sens de l'article 14(1) du Règlement d'arbitrage. Cette expression « *couvre le devoir d'indépendance et d'impartialité d'un arbitre et [que] la notion d'impartialité renvoie notamment à l'absence de préjugé à l'égard d'une partie* » (Lettre 14 septembre 2009, p. 4). Pour la défenderesse, le critère applicable est celui d'un doute légitime ou raisonnable quant à l'impartialité de l'arbitre, doute qui doit s'apprécier de manière objective.
15. En l'espèce, selon la défenderesse, ses doutes sont justifiés et découlent :
- de l'existence de la sentence rendue le 7 mars 2008 dans l'affaire Transgabonais, et plus particulièrement de la vive opposition que cette sentence a suscitée chez la défenderesse, qui a introduit une demande en annulation à l'encontre de cette sentence le 10 juillet 2008 ;
 - de l'identité même de la défenderesse ;
 - du risque de préjugé qui existerait du fait de l'exposition du Professeur Fadlallah à certaines questions de fait et de droit, de nature à créer un déséquilibre au sein du Tribunal. La défenderesse considère que la présente affaire et l'affaire Transgabonais ont toutes deux pour origine des décisions du gouvernement prises dans le cadre de concessions, sont intervenues à une même époque et dans un même contexte politique et qu'elles abordent des questions juridiques similaires. En raison de son implication dans l'affaire Transgabonais, et en particulier en qualité de Président, le Professeur Fadlallah a pu acquérir une connaissance de questions de fait et de droit que n'ont pas les autres membres du Tribunal, situation contraire au principe du contradictoire et d'égalité des parties. En outre, la défenderesse estime que le Professeur Fadlallah a déjà pris position sur les questions à trancher dans la présente instance, à savoir si le retrait d'une concession est constitutif d'une expropriation, créant un conflit d'intérêt justifiant sa récusation, selon la liste orange des « *IBA Guidelines on Conflicts in International Arbitration* ».

2. Position de la partie demanderesse

16. Pour sa part, la demanderesse sollicite le rejet de la demande de récusation. Elle estime que cette demande n'est qu'une tactique dilatoire. En tout état de cause, si la République gabonaise se refuse à produire la sentence rendue dans l'affaire Transgabonais, et dont la demanderesse a demandé la production au Tribunal, la défenderesse devrait se « *voir dénier toute possibilité de se fonder sur cette sentence d'une quelconque manière* » (Mémoire du 7 septembre 2009, para. 13). Sur le fond, la demanderesse souligne que la notion de manque d'impartialité ne peut se présumer et est entendue de façon restrictive. « *L'article 57 de la Convention de Washington fixe un seuil particulièrement élevé de preuve à la charge de la partie qui entend démontrer l'existence d'un doute sérieux sur l'impartialité de l'arbitre* » (Mémoire du 7 septembre 2009, para. 21). Or, la défenderesse ne rapporte nullement la preuve d'un risque de manque d'impartialité de la part du Professeur Fadlallah.
17. En effet, d'après la demanderesse, l'existence du contenu de la sentence rendue dans l'affaire Transgabonais n'est pas vérifiable, faute d'avoir été produite. D'autre part, la demanderesse soutient que le fait d'avoir siégé dans un autre arbitrage impliquant l'une des parties ne constitue pas en soi une cause de récusation. En tout état de cause, les deux instances ne portent pas sur le même secteur d'activité, et n'impliquent pas les mêmes éléments factuels. Le fait d'avoir pris position sur une question de droit des investissements ne saurait établir un préjugé défavorable à la partie défenderesse.

III. ANALYSE

18. Après un rappel des dispositions applicables, les moyens soulevés au soutien de la demande de la défenderesse seront discutés.
1. Dispositions applicables
19. Aux termes de l'article 57 de la Convention de Washington, « *une partie peut demander à la Commission ou au Tribunal la récusation d'un de ses membres pour tout motif impliquant un défaut manifeste des qualités requises par l'article 14, alinéa (1)* ».
20. L'article 14(1) de la Convention de Washington dispose :

Les personnes désignées pour figurer sur les listes doivent jouir d'une haute considération morale, être d'une compétence reconnue en matière juridique, commerciale, industrielle ou financière et offrir toute garantie d'indépendance dans l'exercice de leurs fonctions. La compétence en matière juridique des personnes désignées pour la liste d'arbitres est particulièrement importante.
(nous soulignons)

21. Les parties s'accordent à considérer que la notion d'indépendance contenue à l'article 14(1) de la Convention CIRDI s'entend du devoir d'indépendance et d'impartialité, et que cette dernière expression renvoie à l'absence de préjugé. Elles s'accordent également sur le fait que la notion d'impartialité s'apprécie de manière objective.
22. Il est par ailleurs accepté que la notion de défaut manifeste de l'article 57 de la Convention CIRDI s'entend d'un défaut clair ou certain¹. En outre, elle impose un niveau de charge de la preuve relativement élevé pesant sur la partie demanderesse à la récusation². Les faits allégués doivent être avérés, par des éléments de preuves objectifs³, et une demande ne peut prospérer sur la base d'une simple spéculation, présomption⁴ ou croyance de la partie requérante⁵.
23. Il ressort que pour prospérer, une demande de récusation fondée sur un défaut d'impartialité, comme invoqué en l'espèce, doit (1) établir les faits à l'origine de la demande, et (2) démontrer que ces faits établissent un défaut manifeste d'impartialité.
24. Enfin, il est rappelé que la présente décision est prise dans le cadre de la Convention de Washington. Les « *IBA Guidelines on Conflicts in International Arbitration* » invoquées par la défenderesse n'ont qu'une valeur indicative, même s'il est entendu qu'elles peuvent éventuellement fournir une indication utile.

¹ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., et InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. c. République argentine* (Aff. CIRDI ARB/03/17 et ARB/03/19), Décision du 22 octobre 2007, para. 34, (ci-après « *Suez* »), disponible sur le site Internet du Centre.

² Christoph Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch et Anthony Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge 2^{ème} éd. 2009), para. 19 sous Article 57.

³ *Suez*, para. 40.

⁴ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Pakistan* (Aff. CIRDI ARB/01/13), Décision du 19 décembre 2008, 8 ICSID Rep. 398, p. 402 (2005) ; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal S.A. c. République argentine* (Aff. CIRDI ARB/97/3), Décision du 3 octobre 2009, 17 ICSID Rev.—FILJ 168 (2002), para. 25 ; *Suez*, para. 41.

⁵ *Suez*, para 40.

2. Examen des moyens soulevés

25. Il faut noter à ce stade qu'il n'est pas question de savoir ici si le Professeur Fadlallah a manqué à son devoir de notification auprès du Centre et des parties. Il s'agit uniquement de déterminer quelles sont les conséquences de sa déclaration qualifiée, telle que portée à la connaissance des parties le 31 mars 2009.
26. A titre liminaire, il convient d'observer que la demande de récusation a été formellement présentée lors de la première session du Tribunal, soit 46 jours après la constitution du Tribunal arbitral. L'article 9(1) du Règlement d'arbitrage prévoit qu'une « *partie demandant la récusation d'un arbitre en vertu de l'article 57 de la Convention soumet sa demande dûment motivée au Secrétaire général dans les plus brefs délais, et en tout état de cause avant que l'instance ait été déclarée close* ». Cet article ne fixe pas de date spécifique si ce n'est la clôture de l'instance. Dans le cas d'espèce, la demande de récusation, qui avait été évoquée par le premier conseil de la défenderesse avant la constitution du Tribunal dans une lettre du 16 mars 2009, n'a pas été présentée avant le 25 juillet 2009. Cela étant, il convient de relever que la défenderesse a changé de conseil entre la constitution du Tribunal et la première session, et que la transmission du dossier a semble t-il été incomplète. En tout état de cause, et sans qu'il soit besoin de trancher cette question, la demande de récusation n'est pas fondée comme il va en être maintenant discuté.

2.1 Existence d'une procédure en annulation

27. Comme indiqué ci-dessus, une demande en annulation présentée par la défenderesse a été enregistrée le 10 juillet 2008 à l'encontre de la sentence rendue dans l'affaire Transgabonais.
28. L'existence d'une procédure d'annulation initiée par la partie défenderesse à l'encontre d'une sentence rendue précédemment par un tribunal, présidé par l'arbitre concerné, condamnant cette même partie défenderesse - et dès lors l'existence d'une opposition de la partie défenderesse - ne saurait justifier du bien fondé de la demande de récusation. L'existence d'une procédure en annulation ne peut à elle seule établir la prétendue absence d'impartialité d'un arbitre.

2.2 *Moyen tiré de l'identité de la partie défenderesse*

29. La République gabonaise soutient que l'identité même de la défenderesse « *à elle seule, crée un sentiment de malaise suffisamment sérieux pour justifier la récusation de l'arbitre concerné* » (Lettre du 14 août 2009, p. 7).
30. Comme déjà indiqué par certains tribunaux, le fait d'avoir participé à un tribunal ayant pris position à l'égard de l'une des parties ne peut en soi établir le manque d'impartialité d'un arbitre. Ainsi, par exemple, le tribunal dans l'affaire *Suez* précitée a conclu:

« A finding of an arbitrator's or a judge's lack of impartiality requires far stronger evidence than that such arbitrator participated in a unanimous decision with two other arbitrators in a case in which a party in that case is currently a party in a case now being heard by that arbitrator or judge. To hold otherwise would have serious negative consequences for any adjudicatory system. »⁶

Le fait que cet arbitre ait agi précédemment en qualité de président ne modifie pas cette conclusion.

2.3 *Sur les liens allégués entre la présente affaire et l'affaire Transgabonais*

31. La présente décision ne peut se fonder que sur les éléments versés aux débats par les parties. Il n'appartient pas au Président du Conseil administratif saisi dans le cadre de l'article 58 de la Convention de Washington d'ordonner la production de la sentence rendue dans l'affaire Transgabonais. En outre, le Centre n'a pas publié la sentence faute d'avoir reçu le consentement écrit des deux parties conformément à l'article 48(5) de la Convention de Washington.
32. En tout état de cause, il n'apparaît pas avéré au vu des pièces versées au dossier que les deux affaires présentent des éléments factuels communs en dehors d'un même contexte de privatisation à la fin des années 1990. Dans ces conditions, il ne semble pas manifeste que le Professeur Fadlallah soit en possession d'informations de nature à créer un déséquilibre au sein du Tribunal

⁶ *Suez*, para. 36.

comme allégué par la défenderesse, ni que ces informations soient de nature à établir l'existence d'un quelconque préjugé.

33. Le fait que le Professeur Fadlallah ait été éventuellement exposé en tant qu'arbitre à des questions juridiques similaires à celles de l'espèce dans l'affaire Transgabonais - si tant est qu'avéré - ne constitue pas dans ce cas de figure une cause de récusation dans le cadre de la Convention de Washington. La question de savoir si la résiliation d'une concession constitue ou non une expropriation est une question récurrente en droit des investissements. Elle dépend majoritairement des faits de chaque espèce et est décidée de manière collégiale par chaque tribunal. En outre, l'annulation éventuelle d'une telle décision ne saurait constituer une indication quelconque d'absence d'impartialité de l'arbitre en question. Comme indiqué dans la décision *Suez*, « [a] *judge or arbitrator may be wrong on a point of law or wrong on a finding of fact but still be independent and impartial* »⁷.
34. Il ressort de ce qui précède que la partie défenderesse n'a pas rapporté la preuve des liens existants entre les deux affaires ARB/08/17 et ARB/04/5, et n'a pas établi l'absence manifeste d'impartialité du Professeur Fadlallah dans cette procédure d'arbitrage.
35. La demande de récusation formulée par la République gabonaise le 25 juillet 2009 à l'encontre du Professeur Ibrahim Fadlallah est par conséquent rejetée.

Nous vous prions de bien vouloir agréer, Madame, Messieurs, l'expression de nos salutations distinguées.

[signature]

Meg Kinnear
Secrétaire général

⁷ *Suez*, para. 35.