

**CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS
RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS**

**BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited et
BSG Resources (Guinea) SARL**

c.

République de Guinée

(Affaire CIRDI ARB/14/22)

**DÉCISION SUR LA PROPOSITION DE RÉCUSATION DE
TOUS LES MEMBRES DU TRIBUNAL ARBITRAL**

Président du Conseil administratif

Dr. Jim Yong Kim

Secrétaire du Tribunal

M. Benjamin Garel

Date : 28 décembre 2016

REPRÉSENTATION DES PARTIES

Représentant les Demanderesses :

M. Karel Daele
M. James Libson
Mishcon de Reya LLP
Africa House
70 Kingsway
WC2B 6AH
London
Royaume-Uni

Représentant la Défenderesse :

M. Laurent Jaeger
M. Noël Chahid-Nourai
M. Yann Schneller
M. Quirec de Kersauson
Orrick Herrington & Sutcliffe
31, avenue Pierre Ier de Serbie
75782 Paris Cedex 16
France

et

M. Michael Ostrove
M. Scott Horton
M. Théobald Naud
Mme Sârra-Tilila Bounfour
DLA Piper UK LLP
27, rue Laffitte
75009 Paris
France

TABLE DES MATIÈRES

| | | |
|------|---|----|
| I. | HISTORIQUE DE LA PROCÉDURE..... | 1 |
| II. | LES ARGUMENTS DES PARTIES | 3 |
| A. | La Proposition des Demanderesses | 3 |
| 1) | Le fondement de la Proposition de récusation des membres du Tribunal..... | 4 |
| 2) | Le critère juridique applicable | 9 |
| B. | La Réponse de la Défenderesse | 10 |
| 1) | L'absence de bien-fondé de la Proposition de récusation | 10 |
| 2) | Le critère juridique applicable | 12 |
| C. | Explications des arbitres | 12 |
| III. | DÉCISION DU PRÉSIDENT | 13 |
| A. | Le critère juridique applicable | 13 |
| B. | Célérité de la demande | 15 |
| C. | Fond | 16 |
| IV. | DÉCISION | 17 |

I. HISTORIQUE DE LA PROCÉDURE

1. Le 1^{er} août 2014, BSG Resources Limited a introduit une Requête d'arbitrage devant le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (« **CIRDI** » ou le « **Centre** ») contre la République de Guinée (« **Guinée** » ou la « **Défenderesse** »).
2. Le 8 septembre 2014, le Secrétaire général du CIRDI a enregistré la Requête d'arbitrage conformément à l'article 36(3) de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (« **Convention CIRDI** »), sous le numéro d'affaire CIRDI ARB/14/22.
3. Le 5 février 2015, le Secrétaire général a notifié aux Parties que les trois arbitres avaient accepté leur nomination et que le Tribunal était donc réputé constitué à cette date, conformément à l'article 6(1) du Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage du CIRDI (« **Règlement d'arbitrage du CIRDI** »). M. Benjamin Garel, Conseiller juridique au CIRDI, a été désigné en qualité de Secrétaire du Tribunal.
4. Le Tribunal se compose de Mme Gabrielle Kaufmann-Kohler, ressortissante suisse, Présidente, nommée par ses co-arbitres conformément à l'accord des Parties relatif au mode de constitution du Tribunal en application de l'article 37(2)(a) de la Convention CIRDI ; M. Albert Jan van den Berg, ressortissant néerlandais, nommé par les Demanderesses ; et M. Pierre Mayer, ressortissant français, nommé par la Défenderesse.
5. Le 23 avril 2015, le Tribunal a tenu sa première session avec les Parties. Au cours de cette première session, les Parties ont confirmé que le Tribunal était régulièrement constitué et qu'elles n'avaient aucune objection à la nomination d'un quelconque des membres du Tribunal.
6. Le 13 octobre 2015, BSG Resources (Guinea) Limited et BSG Resources (Guinea) SÀRL ont introduit une autre Requête d'arbitrage devant le CIRDI contre la Guinée. Le 25 novembre 2015, le Secrétaire général a enregistré cette Requête d'arbitrage conformément à l'Article 36(3) de la Convention CIRDI, sous le numéro d'affaire CIRDI ARB/15/46.

7. Le 7 décembre 2015, le Tribunal dans l'affaire CIRDI ARB/15/46 a été constitué conformément à l'article 37(2)(a) de la Convention CIRDI. Il était composé des mêmes membres que le Tribunal dans l'affaire CIRDI ARB/14/22.
8. Le 14 février 2016, les Tribunaux ont rendu l'Ordonnance de procédure n° 1 dans l'affaire CIRDI ARB/15/46 et l'Ordonnance de procédure n° 5 dans l'affaire CIRDI ARB/14/22 mettant en œuvre, à la demande des Parties, la consolidation des deux affaires au sein de l'affaire CIRDI ARB/14/22. Le même jour, le Tribunal dans l'affaire CIRDI ARB/15/46 a rendu l'Ordonnance de procédure n° 2 prenant note de la fin de l'instance ARB/15/46 conformément à l'article 43(1) du Règlement d'arbitrage du CIRDI.
9. Le 9 août 2016, les Parties ont soumis au Tribunal leurs demandes de production de documents, sous la forme de *Redfern Schedules*.
10. Le 5 septembre 2016, le Tribunal a rendu l'Ordonnance de procédure n° 7 (« OP7 »), qui contenait ses décisions sur les demandes en production de documents soumises par les Parties.
11. Le 3 octobre 2016, les Parties ont produit des documents en application de l'OP7.
12. Par lettre en date du 15 octobre 2016, BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited et BSG Resources (Guinea) SARL (les « **Demandereses** ») ont soutenu que la Défenderesse retenait certains documents pertinents et importants que le Tribunal lui avait ordonné de produire dans l'OP7. Les Demandereses ont demandé au Tribunal d'ordonner à la Défenderesse de produire ces documents et d'indiquer les démarches qu'elle avait prises pour identifier et collecter les documents dont la production avait été ordonnée par l'OP7.
13. Par lettre en date du 22 octobre 2016, la Défenderesse a nié avoir retenu des documents pertinents et a expliqué les démarches entreprises pour se conformer à la décision du Tribunal dans l'OP7.
14. Par courriels en date des 22 et 24 octobre 2016, les Demandereses ont sollicité l'autorisation de répondre à la lettre de la Défenderesse en date du 22 octobre 2016. Par courriel en date du 24 octobre 2016, le Tribunal a informé les Parties qu'il ne souhaitait plus recevoir de communications de leur part en ce qui concernait la production de documents, et qu'il reviendrait rapidement vers elles avec d'autres instructions.

15. Par lettre en date du 27 octobre 2016, le Tribunal a adressé le message suivant aux Parties :

Après avoir examiné la position des Parties, y compris les réponses de la Défenderesse à l'Annexe 1, le Tribunal considère que donner suite à ces questions de production de documents à ce stade de la procédure ne contribuera pas de manière significative à la résolution de ce différend. Ceci étant dit, il note que, si les Demanderesses souhaitent soutenir que le non-respect de l'Ordonnance de procédure no. 7 entraîne des conséquences juridiques telles que des « adverse inferences », elles peuvent le faire plus tard au cours de la procédure, en particulier dans leurs prochaines écritures prévues au calendrier, ainsi qu'à l'audience. De plus, le Tribunal rappelle aux Parties qu'elles ont une obligation continue de produire les documents pertinents si et quand ceux-ci deviennent disponibles. Toutes les autres demandes sont rejetées.

16. Le 4 novembre 2016, les Demanderesses ont proposé la récusation des trois membres du Tribunal sur le fondement de l'article 57 de la Convention CIRDI et de l'article 9 du Règlement d'arbitrage du CIRDI (la « **Proposition** »). Le même jour, le Centre a informé les Parties que la procédure avait été suspendue jusqu'à ce qu'une décision ait été prise au sujet de la Proposition, en application de l'article 9(6) du Règlement d'arbitrage CIRDI. Le Centre a également établi un calendrier procédural pour les écritures des Parties sur la Proposition.
17. Le 11 novembre 2016, la Défenderesse a soumis sa réponse à la Proposition.
18. Par lettre en date du 15 novembre 2016, les trois membres du Tribunal ont fourni conjointement des explications, comme le permet l'article 9(3) du Règlement d'arbitrage du CIRDI.
19. La Défenderesse et les Demanderesses ont soumis des observations supplémentaires, respectivement par courriel en date du 22 novembre 2016 et par lettre en date du 23 novembre 2016.

II. LES ARGUMENTS DES PARTIES

A. La Proposition des Demanderesses

20. Les arguments des Demanderesses au soutien de leur proposition de récuser les membres du Tribunal étaient exposés dans leurs écritures du 4 novembre 2016 et du 23 novembre 2016. Ces arguments sont résumés ci-dessous.

1) Le fondement de la Proposition de récusation des membres du Tribunal

a. Le prétendu préjugé par le Tribunal d'une question au centre de l'arbitrage

21. Les Demanderesses soutiennent que le Tribunal a préjugé d'une question au centre de l'arbitrage, « *ce qui suscite des doutes raisonnables quant à l'impartialité des membres du Tribunal et traduit un profond parti pris à l'encontre des Demanderesses* »¹.
22. La prétention des Demanderesses concerne la décision du Tribunal du 27 octobre 2016 relative aux demandes de production de documents présentées par les Demanderesses (la « **Décision** »). Au cours de la phase de production de documents, les Demanderesses avaient cherché à obtenir de la Défenderesse « *la production de Courriels et de Délibérations concernant le processus et le raisonnement suivis pour l'octroi des Droits Miniers aux Demanderesses* »². Selon les Demanderesses, ces documents essentiels se rapportaient aux questions cruciales qui se posent en l'espèce, car ils contribueraient à établir si les droits miniers avaient été obtenus par les Demanderesses conformément à une procédure régulière et dans le cadre de négociations conduites dans des conditions de pleine concurrence³.
23. Les Demanderesses soutiennent que, dans l'OP7, le Tribunal a reconnu que les Courriels et les Délibérations étaient pertinents et importants pour l'issue de l'affaire et que, cependant, il est parvenu à la conclusion contraire le 27 octobre 2016 en décidant « *que donner suite à ces questions de production de documents à ce stade de la procédure ne contribuera pas de manière significative à la résolution de ce différend* » et en rejetant la demande des Demanderesses⁴.
24. Les Demanderesses considèrent que :

En concluant que la production des Courriels et des Délibération (qui, jusqu'à il y a quelques semaines, étaient considérés pertinents et importants) ne contribuera plus de manière significative à la résolution du différend, le

¹ Proposition, ¶ 38 (traduit de l'anglais).

² Proposition, ¶ 35 (traduit de l'anglais).

³ Proposition, ¶ 35 ; voir aussi Obs. Suppl. Dem., ¶¶ 20-36.

⁴ Proposition, ¶ 36.

*Tribunal a sans aucun doute préjugé des questions vivement contestées dans le présent arbitrage*⁵.

25. Les Demanderesses font valoir que la Décision du Tribunal relative à la production de documents est viciée parce qu'elle est fondée sur l'argument tardif et inexact de la Guinée, selon lequel elle n'avait pas le contrôle des documents demandés et était dans l'incapacité de les rechercher⁶. Elles avancent en outre qu'il existe des doutes raisonnables quant à l'impartialité du Tribunal car celui-ci n'a tenu aucun compte de la rétention par la Guinée de documents pertinents et importants sans justification légitime et qu'il n'a pas examiné ces documents⁷. Selon les Demanderesses, ces craintes sont amplifiées par le refus du Tribunal de leur permettre de répondre à la lettre de la Guinée en date du 22 octobre 2016⁸.

26. Sur le fondement de ces éléments, les Demanderesses concluent que :

*Un tiers qui se livrerait à un examen raisonnable de la décision extraordinaire du Tribunal de permettre à la Guinée de retenir ce qui pourrait bien représenter des centaines de Courriels potentiellement pertinents et importants pour l'issue de l'affaire et du refus du Tribunal de faire droit à la demande des Demanderesses de répondre à la défense de la Guinée, conclurait que les membres du Tribunal sont manifestement dépourvus de l'impartialité requise par la Convention CIRDI*⁹.

b. La prétendue violation par le Tribunal de la garantie d'une procédure régulière et des droits des Demanderesses

27. De l'avis des Demanderesses, la production de documents est une composante essentielle de l'arbitrage international et elle joue un rôle fondamental pour discerner la vérité¹⁰. Les Demanderesse soutiennent que les documents demandés seront cruciaux pour leur permettre de satisfaire à la charge de la preuve qui pèse sur elles et pour démontrer que les droits miniers objets du différend ont été obtenus en toute légalité¹¹. Selon les Demanderesses, le refus du

⁵ Proposition, ¶ 37 (traduit de l'anglais).

⁶ Proposition, ¶¶ 38-39; voir aussi Obs. Suppl. Dem., ¶¶ 37-51.

⁷ Proposition, ¶¶ 40-41.

⁸ Proposition, ¶ 42 ; voir aussi Obs. Suppl. Dem., ¶¶ 78-80.

⁹ Proposition, ¶ 43 (traduit de l'anglais).

¹⁰ Proposition, ¶¶ 44-47.

¹¹ Proposition, ¶ 47.

Tribunal d'ordonner la production de ces documents constitue un déni de la garantie d'une procédure régulière, qui viole le droit des Demanderesses de faire valoir leurs arguments et d'être traitées d'une manière équitable¹². Les Demanderesses ajoutent que « [c]e déni de la garantie d'une procédure régulière ainsi que la violation des droits les plus fondamentaux des Demanderesses suscitent des doutes raisonnables quant à l'impartialité des arbitres et au parti pris dont ils font preuve à l'encontre des Demanderesses »¹³.

28. Les Demanderesses soutiennent que la décision du Tribunal n'était pas justifiée par le calendrier procédural de l'instance¹⁴.
29. Elles font également valoir que, contrairement à ce que suggère le Tribunal, la possibilité de demander que soit tirées des conséquences à l'encontre de la Défenderesse (« *adverses inferences* ») n'apaiserait pas leur craintes¹⁵. Elles notent que les tribunaux arbitraux tirent rarement des « *adverse inferences* » et que les « *adverse inferences* » ne peuvent pas remplacer de manière satisfaisante des éléments de preuve non divulgués¹⁶.
30. Pour les Demanderesses,

*un tiers qui se livrerait à un examen raisonnable des décisions extraordinaires du Tribunal de priver les Demanderesses de centaines [sic] Courriels, Délibérations et autres documents qui les aideront à établir leur innocence, à affaiblir la position de la Guinée et les preuves produites par celle-ci et à attaquer la crédibilité des témoins de la Guinée au cours de leur contre-interrogatoire, conclurait que les membres du Tribunal sont manifestement dépourvus de l'impartialité requise par la Convention CIRDI.*¹⁷

¹² Proposition, ¶¶ 48-49.

¹³ Proposition, ¶ 50 (traduit de l'anglais).

¹⁴ Proposition, ¶ 51.

¹⁵ Proposition, ¶ 52 ; voir aussi Obs. Suppl. Dem., ¶¶ 111-114.

¹⁶ Proposition, ¶ 52 ; Obs. Suppl. Dem., ¶ 112-113.

¹⁷ Proposition, ¶ 53 (traduit de l'anglais) ; voir aussi Obs. Suppl. Dem., ¶¶ 94-105.

c. Les observations supplémentaires des Demanderesses sur la Proposition

31. Les Demanderesses soutiennent que des faits nouveaux survenus postérieurement à la Décision du Tribunal ont renforcé la pertinence des documents qui n'ont pas été produits par la Défenderesse¹⁸.
32. Les Demanderesses font en outre valoir que le Tribunal avait déjà accordé un traitement préférentiel à la Guinée dans ses décisions rendues sur des demandes antérieures qui lui avaient été présentées en août et septembre 2016¹⁹.
33. Les Demanderesses avancent enfin que leur Proposition est présentée de bonne foi et qu'elle n'avait pas pour objet de retarder la procédure²⁰.

d. Les observations des Demanderesses sur la réponse de la Défenderesse

34. *En premier lieu*, les Demanderesses rejettent l'argument de la Défenderesse selon lequel le Tribunal a simplement exercé son pouvoir discrétionnaire d'ordonner la production de documents supplémentaires. Elles relèvent qu'elles n'avaient pas cherché à obtenir de nouveaux documents ni de documents supplémentaires, mais qu'elles avaient simplement demandé une clarification des obligations de la Défenderesse en matière de production de documents²¹.
35. *En deuxième lieu*, les Demanderesses soutiennent que le rappel par le Tribunal de l'obligation continue des Parties de produire des documents, sur laquelle s'appuie la Défenderesse, est futile car la manière dont ces documents contestés deviendront disponibles pour la Défenderesse à un stade ultérieur n'est pas claire²².
36. *En troisième lieu*, les Demanderesses rejettent l'argument de la Défenderesse selon lequel le Tribunal n'a pas préjugé du fond du différend en refusant la production des documents

¹⁸ Obs. Suppl. Dem., ¶¶ 85-88.

¹⁹ Obs. Suppl. Dem., ¶¶ 89-93.

²⁰ Obs. Suppl. Dem., ¶¶ 137-152.

²¹ Obs. Suppl. Dem., ¶¶ 107-108.

²² Obs. Suppl. Dem., ¶¶ 115-116.

contestés au motif que la portée de la décision du Tribunal est limitée dans le temps par les termes « à ce stade »²³. Pour les Demanderesses,

[c']est à ce stade-ci de la procédure, à un moment où les Demanderesses pourraient, dans des circonstances normales, intégrer les éléments de preuve obtenus dans le cadre de la production des documents dans leur Mémoire en Réponse et dans leurs preuves testimoniales supplémentaires, que les documents demandés auraient pu contribuer à la résolution du différend, et non à un stade ultérieur, lorsque les Demanderesses auront déjà déposé leur dernier mémoire sur le fond et leur dernière série de témoignages²⁴.

37. *En quatrième lieu*, les Demanderesses considèrent que, contrairement aux affirmations de la Défenderesse, les décisions du Tribunal en matière de production de documents, en date du 5 septembre 2016 et du 27 octobre 2016 sont incohérentes²⁵. Pour les Demanderesses, la décision de l'OP7 a imposé à la Défenderesse une obligation de produire les documents demandés, alors que la Décision du 27 octobre 2016 a de fait révoqué cette obligation en refusant de reconfirmer la décision prise dans l'OP7²⁶.
38. *Enfin*, les Demanderesses rejettent l'argument de la Défenderesse « *selon lequel le refus d'un tribunal d'ordonner la production de documents ne saurait constituer une violation du droit d'une partie à la garantie d'une procédure régulière et à son droit de faire valoir ses arguments, car cela reviendrait à dire qu'une partie dispose d'un droit absolu de se voir accorder toutes demandes de production de documents* »²⁷. Pour les Demanderesses, une partie est traitée de manière inéquitable et elle est privée du droit à une procédure régulière si elle se voit refuser la production de documents ou autres éléments de preuve importants²⁸.

²³ Obs. Suppl. Dem., ¶¶ 117-125.

²⁴ Obs. Suppl. Dem., ¶ 120 (traduit de l'anglais).

²⁵ Obs. Suppl. Dem., ¶¶ 126-129.

²⁶ Obs. Suppl. Dem., ¶ 127.

²⁷ Obs. Suppl. Dem., ¶ 130 (traduit de l'anglais).

²⁸ Obs. Suppl. Dem., ¶ 136.

2) Le critère juridique applicable

39. Les Demanderesses soutiennent que : (a) en disposant que les arbitres doivent « *offrir toute garantie d'indépendance dans l'exercice de leurs fonctions* », l'article 14 de la Convention CIRDI exige d'eux qu'ils soient tout à la fois impartiaux et indépendants ; (b) l'impartialité renvoie à l'absence de parti pris ou de préjugé à l'égard d'une partie et l'indépendance se caractérise par l'absence d'un contrôle extérieur²⁹ ; (c) il n'est pas nécessaire de rapporter la preuve réelle d'un parti pris ou d'un défaut d'indépendance et l'apparence est suffisante³⁰ ; (d) le critère juridique applicable est un critère objectif fondé sur une appréciation raisonnable des éléments de preuve par un tiers³¹ ; et (e) le terme « manifeste » qui est employé par l'article 57 de la Convention CIRDI signifie « flagrant » (« *obvious* ») ou « évident » (« *evident* ») et se réfère à la facilité avec laquelle le défaut de la qualité requise peut être perçu³².
40. Les Demanderesses font en outre valoir que « *le critère juridique qui s'applique à la récusation d'arbitres dans des instances CIRDI [...] est celui de savoir si un tiers raisonnable, ayant connaissance de l'ensemble des faits, considèrerait qu'il existait des motifs raisonnables de douter que l'arbitre possédait les qualités requises d'impartialité et/ou d'indépendance* »³³.
41. Les Demanderesses concluent qu'un observateur tiers estimerait que le Tribunal les a traitées de manière inéquitable et que :

[...] le principe de la garantie d'une procédure régulière a été violé, que les Demanderesses ont été privées de leur droit de faire valoir pleinement leurs arguments et de présenter leur défense et qu'elles ont été traitées de manière inéquitable par le Tribunal. Il conclurait que les faits établissent la preuve manifeste d'une apparence d'un défaut d'impartialité et d'un préjugé à

²⁹ Proposition, ¶ 29.

³⁰ Proposition, ¶ 30.

³¹ Proposition, ¶ 31.

³² Proposition, ¶ 32.

³³ Obs. Suppl. Dem., ¶ 5 (traduit de l'anglais).

*l'égard des Demanderesses. La proposition de récusation doit donc être accueillie*³⁴.

B. La Réponse de la Défenderesse

42. Les arguments de la Défenderesse pour s'opposer à la Proposition des Demanderesses de récusation des membres du Tribunal étaient exposés dans leurs écritures du 11 novembre 2016³⁵. Ces arguments sont résumés ci-dessous.

1) L'absence de bien-fondé de la Proposition de récusation

43. *En premier lieu*, la Défenderesse soutient que le Tribunal a respecté les règles applicables à la production de documents et s'est conformé à sa mission à cet égard³⁶. La Défenderesse ajoute que les tribunaux arbitraux disposent d'un pouvoir discrétionnaire pour ordonner la production de documents, notamment du pouvoir de tirer des « *adverse inferences* »³⁷. La Défenderesse souligne également que le Tribunal a rappelé aux Parties leur obligation continue de produire les documents pertinents si et quand ceux-ci deviennent disponibles³⁸.

44. *En deuxième lieu*, la Défenderesse soutient que le Tribunal n'a pas préjugé du fond du différend³⁹. Selon la Défenderesse, le Tribunal n'a pas conclu que la production des documents demandés ne contribuerait pas à la résolution du différend⁴⁰. Le Tribunal a plutôt estimé que la production de documents supplémentaires n'était pas nécessaire à ce stade de la

³⁴ Obs. Suppl. Dem., ¶¶ 104-105 (traduit de l'anglais).

³⁵ Comme cela a été mentionné au ¶ 18 ci-dessus, la Défenderesse a soumis des observations supplémentaires par courriel en date du 22 novembre 2016, qui est ainsi rédigé :

« La République de Guinée a pris connaissance du courrier de Mme le professeur Gabrielle Kaufmann-Kohler, M. le professeur Albert Jan van den Berg et M. le professeur Pierre Mayer du 15 novembre 2016, lesquels confirment avoir agi en conformité avec les principes procédurax fondamentaux, de manière impartiale et indépendante.

La déclaration des membres du Tribunal confirme que la décision remise en cause par les Sociétés BSGR est intervenue dans le cadre de la conduite normale d'une procédure d'arbitrage. Cette décision n'est donc pas susceptible de justifier leur récusation.

Sous réserve de cette observation supplémentaire, la République de Guinée s'en remet à ses écritures du 11 novembre 2016. »

³⁶ Réponse de la Défenderesse, en date du 11 novembre 2016, ¶¶ 37-45.

³⁷ Réponse de la Défenderesse, en date du 11 novembre 2016, ¶¶ 38-43.

³⁸ Réponse de la Défenderesse, en date du 11 novembre 2016, ¶ 44.

³⁹ Réponse de la Défenderesse, en date du 11 novembre 2016, ¶¶ 46-59.

⁴⁰ Réponse de la Défenderesse, en date du 11 novembre 2016, ¶ 48.

procédure⁴¹. La Défenderesse fait également valoir que les documents demandés par les Demanderesses ne sont pas de nature à soutenir leur thèse, et donc la décision du Tribunal ne pourrait pas porter préjudice aux Demanderesses⁴².

45. *En troisième lieu*, la Défenderesse soutient qu'il n'y a pas d'incohérence entre les décisions du Tribunal du 5 septembre 2016 et du 27 octobre 2016, étant donné que la première décision portait sur la production de documents et que la seconde décision était relative à des mesures supplémentaires sollicitées par les Demanderesses concernant la production de documents⁴³.
46. *En quatrième lieu*, la Défenderesse fait valoir que la Proposition repose sur une présentation trompeuse de la décision du Tribunal du 27 octobre 2016. Pour la Défenderesse, le Tribunal n'a pas décidé, comme le prétendent les Demanderesses, que les documents demandés « *ne contribueront plus de manière significative à la résolution du différend* »⁴⁴. La Défenderesse soutient que le Tribunal a au contraire décidé que « *donner suite à ces questions de production de documents à ce stade de la procédure ne contribuera pas de manière significative à la résolution de ce différend* »⁴⁵. La Défenderesse avance donc que le Tribunal s'est ménagé la possibilité de revenir sur sa décision à un stade ultérieur de la procédure si les mesures sollicitées devenaient pertinentes⁴⁶.
47. *En cinquième lieu*, la Défenderesse considère que le Tribunal a respecté les droits des Demanderesses à une procédure régulière⁴⁷. Selon la Défenderesse, le Tribunal dispose du pouvoir de statuer discrétionnairement sur les demandes de production de documents et, par conséquent, il n'a pas porté atteinte au droit des Demanderesses de présenter leur défense en exerçant ce pouvoir⁴⁸. La Défenderesse soutient que, bien au contraire, la possibilité de demander au Tribunal de tirer des « *adverse inferences* » fondées sur une production de

⁴¹ Réponse de la Défenderesse, en date du 11 novembre 2016, ¶ 48.

⁴² Réponse de la Défenderesse, en date du 11 novembre 2016, ¶¶ 52-59.

⁴³ Réponse de la Défenderesse, en date du 11 novembre 2016, ¶ 62-64.

⁴⁴ Réponse de la Défenderesse, en date du 11 novembre 2016, ¶ 65.

⁴⁵ Réponse de la Défenderesse, en date du 11 novembre 2016, ¶ 66, qui cite la décision du Tribunal du 27 octobre 2016.

⁴⁶ Réponse de la Défenderesse, en date du 11 novembre 2016, ¶ 67.

⁴⁷ Réponse de la Défenderesse, en date du 11 novembre 2016, ¶¶ 69-76.

⁴⁸ Réponse de la Défenderesse, en date du 11 novembre 2016, ¶¶ 70-73.

documents prétendument défectueuse protège les droits des Demanderesses à une procédure contradictoire⁴⁹.

48. *En sixième lieu*, la Défenderesse soutient que la décision du Tribunal de rejeter leurs demandes de production de documents n'a pas violé le droit des Demanderesses à un traitement équitable⁵⁰.

2) Le critère juridique applicable

49. La Défenderesse soutient que l'article 57 de la Convention CIRDI exige que la partie qui met en cause l'impartialité d'un arbitre a la charge de prouver son caractère « manifeste »⁵¹. Pour la Défenderesse, cette charge de la preuve est élevée et il est insuffisant d'établir un défaut apparent d'impartialité ; le défaut d'impartialité doit être établi par des preuves objectives de nature à convaincre un observateur raisonnable, sans qu'il soit nécessaire de recourir à une analyse approfondie des faits. La Défenderesse fait en outre valoir que la jurisprudence sur laquelle s'appuient les Demanderesses confirme le degré élevé de preuve requis pour une demande en récusation⁵².
50. La Défenderesse soutient que les faits invoqués par les Demanderesses ne suscitent pas le moindre doute objectif quant à l'impartialité des arbitres, mais relèvent uniquement du désaccord d'une partie avec une décision de procédure⁵³.

C. Explications des arbitres

51. Par lettre en date du 15 novembre 2016, les arbitres Kaufmann-Kohler, van den Berg et Mayer ont soumis une déclaration conjointe, qui est ainsi rédigée :

Cher Secrétaire du Tribunal,

Nous faisons référence à la proposition des Demanderesses en date du 4 novembre 2016 relative à la récusation de tous les membres de ce Tribunal

⁴⁹ Réponse de la Défenderesse, en date du 11 novembre 2016, ¶¶ 75-76.

⁵⁰ Réponse de la Défenderesse, en date du 11 novembre 2016, ¶¶ 77-80.

⁵¹ Réponse de la Défenderesse, en date du 11 novembre 2016, ¶ 26.

⁵² Réponse de la Défenderesse, en date du 11 novembre 2016, ¶¶ 27-34.

⁵³ Réponse de la Défenderesse, en date du 11 novembre 2016, ¶ 35.

arbitral, ainsi qu'à la réponse de la Défenderesse en date du 11 novembre 2016.

Nous ne commenterons pas les soumissions des Parties. Nous confirmons que nous considérons avoir conduit, et que nous avons l'intention de continuer à conduire, cette instance en conformité avec les principes fondamentaux de la procédure, en particulier avec les principes d'équité procédurale (due process), d'impartialité et d'indépendance.

Cordialement,

Albert Jan van den Berg

Pierre Mayer

Gabrielle Kaufmann-Kohler⁵⁴

III. DÉCISION DU PRÉSIDENT

A. Le critère juridique applicable

52. L'article 57 de la Convention CIRDI permet à une partie de demander la récusation de tout membre d'un tribunal. Il est ainsi rédigé :

Une partie peut demander à la Commission ou au Tribunal la récusation d'un de ses membres pour tout motif impliquant un défaut manifeste des qualités requises par l'article 14, alinéa (1). Une partie à une procédure d'arbitrage peut, en outre, demander la récusation d'un arbitre pour le motif qu'il ne remplissait pas les conditions fixées à la section 2 du chapitre IV pour la nomination au Tribunal arbitral.

53. La récusation demandée en l'espèce est fondée sur l'argument selon lequel tous les membres du Tribunal sont manifestement dépourvus des qualités requises par l'article 14, alinéa (1) de la Convention CIRDI. Il n'est par conséquent pas nécessaire d'examiner la récusation « *pour le motif qu'[un arbitre] ne remplissait pas les conditions fixées à la section 2 du chapitre IV pour la nomination au Tribunal arbitral.* »

⁵⁴ Lettre du Tribunal en date du 15 novembre 2016.

54. Un certain nombre de décisions ont conclu que le terme « manifeste » employé à l'article 57 de la Convention CIRDI signifie « évident » (« *evident* ») ou « flagrant » (« *obvious* »)⁵⁵ et qu'il fait référence à la facilité avec laquelle le défaut allégué des qualités requises peut être discerné⁵⁶.

55. L'article 14(1) de la Convention CIRDI 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.

56. Alors que la version anglaise de l'article 14 de la Convention CIRDI fait référence à un « *independent judgment* » et la version française à « *toute garantie d'indépendance dans l'exercice de leurs fonctions* », la version espagnole exige une « *imparcialidad de juicio* » (impartialité dans le jugement). Les trois versions faisant également foi, il est admis que les arbitres doivent être tout à la fois impartiaux et indépendants⁵⁷.

⁵⁵ Voir *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA. c. République argentine* (Affaires CIRDI ARB/03/17 et ARB/03/19), Décision sur la proposition de récusation d'un membre du Tribunal arbitral (22 octobre 2007) (« *Suez* »), ¶ 34 ; *Alpha Projektholding GmbH c. Ukraine* (Affaire CIRDI ARB/07/16), Décision sur la proposition de la Défenderesse de récuser l'Arbitre Dr. Yoram Turbowicz (19 mars 2010) (« *Alpha* »), ¶ 37 ; *Universal Compression International Holdings, S.L.U c. République bolivarienne du Venezuela* (Affaire CIRDI ARB/10/9), Décision sur la proposition de récusation du Prof. Brigitte Stern et du Prof. Guido Santiago Tawil, Arbitres (20 mai 2011) (« *Universal* »), ¶ 71 ; *Saint-Gobain Performance Plastics Europe c. République bolivarienne du Venezuela* (Affaire CIRDI ARB/12/13), Décision sur la proposition de la Demanderesse de récuser M. Gabriel Bottini du Tribunal sur le fondement de l'article 57 de la Convention CIRDI (27 février 2013) (« *Saint-Gobain* »), ¶ 59 ; *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. c. République bolivarienne du Venezuela* (Affaire CIRDI ARB/12/20), Décision sur les propositions des parties de récuser une majorité des membres du Tribunal (12 novembre 2013) (« *Blue Bank* »), ¶ 47 ; *Burlington Resources Inc. c. République d'Équateur* (Affaire CIRDI ARB/08/5), Décision sur la proposition de récusation du Professeur Francisco Orrego Vicuña (13 décembre 2013) (« *Burlington* »), ¶ 68 ; *Abaclat et autres c. République argentine* (Affaire CIRDI ARB/07/5), Décision sur la proposition de récusation d'une majorité des membres du Tribunal (4 février 2014) (« *Abaclat* »), ¶ 71 ; *Repsol, S.A. et Repsol Butano, S.A. c. République argentine* (Affaire CIRDI ARB/12/38), Décision sur la proposition de récusation des Arbitres Francisco Orrego Vicuña et Claus von Wobeser (13 décembre 2013) (« *Repsol* »), ¶ 73 ; *ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. et ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. c. République bolivarienne du Venezuela* (Affaire CIRDI ARB/07/30), Décision sur la proposition de récusation d'une majorité des membres du Tribunal (5 mai 2014) (« *Conoco* »), ¶ 47. ; *ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. et ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. c. République bolivarienne du Venezuela* (Affaire CIRDI ARB/07/30), Décision sur la proposition de récusation d'une majorité des membres du Tribunal (1 juillet 2015) (« *Conoco et al.* »), ¶ 82.

⁵⁶ C. Schreuer, *The ICSID Convention*, Second Edition (2009), page 1202 ¶¶ 134-154.

⁵⁷ *Suez*, ¶ 28 ; *OPIC Karimum Corporation c. République bolivarienne du Venezuela* (Affaire CIRDI ARB/10/14), Décision sur la proposition de récusation du Professor Philippe Sands, Arbitre (5 mai 2011), ¶ 44 ; *Getma International et autres c. République de Guinée* (Affaire CIRDI ARB/11/29), Décision sur la proposition de récusation de l'Arbitre Bernardo M. Cremades (28 juin 2012) (« *Getma* »), ¶ 59 ; *ConocoPhillips Company et autres. c. République bolivarienne du Venezuela* (Affaire CIRDI ARB/07/30), Décision sur la proposition de récusation de L. Yves Fortier, Q.C., Arbitre (27 février 2012) (« *ConocoPhillips* »), ¶ 54 ; *Alpha*, ¶ 36 ; *Tidewater Inc. et autres. c. République bolivarienne du Venezuela* (Affaire CIRDI ARB/10/5), Décision sur la proposition

57. L'impartialité renvoie à l'absence de parti pris ou de préjugé à l'égard d'une partie. L'indépendance se caractérise par l'absence d'un contrôle extérieur⁵⁸. L'indépendance de même que l'impartialité « protègent les parties contre le risque que les arbitres ne soient influencés par des facteurs autres que ceux liés au bien-fondé de l'affaire »⁵⁹. Les articles 57 et 14(1) de la Convention CIRDI n'exigent pas la preuve d'un défaut d'indépendance ou d'un parti pris réel ; au contraire, il est suffisant d'établir l'apparence d'un défaut d'indépendance ou d'un parti pris⁶⁰.
58. Le critère juridique appliqué à une proposition de récusation d'un arbitre est un « critère objectif fondé sur une appréciation raisonnable des éléments de preuve par un tiers »⁶¹. En conséquence, la croyance subjective de la partie qui demande la récusation n'est pas suffisante pour répondre aux exigences de la Convention.⁶²

B. Célérité de la demande

59. L'article 9(1) du Règlement d'arbitrage est ainsi rédigé :

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.

60. La Convention et le Règlement CIRDI ne précisent pas le nombre maximum de jours pendant lequel une proposition de récusation doit être soumise. Par conséquent, la question de savoir si une proposition a été présentée dans les délais doit être tranchée au cas par cas⁶³. Des tribunaux ont précédemment conclu qu'une proposition était soumise dans les délais si elle était présentée dans les 10 jours suivant la date à laquelle la partie concernée avait pris

de la Demanderesse de récuser le Professeur Brigitte Stern, Arbitre (23 décembre 2010) (« *Tidewater* »), ¶ 37 ; *Saint-Gobain*, ¶ 55 ; *Burlington*, ¶ 65 ; *Abaclat*, ¶ 74 ; *Repsol*, ¶ 70 ; *Conoco*, ¶ 50 ; *Conoco et al.*, ¶ 80.

⁵⁸ *Suez*, ¶ 29 ; *ConocoPhillips*, ¶ 54 ; *Burlington*, ¶ 66 ; *Abaclat*, ¶ 75 ; *Conoco*, ¶ 51 ; *Conoco et al.*, ¶ 81.

⁵⁹ *ConocoPhillips*, ¶ 55 ; *Universal*, ¶ 70 ; *Urbaser S.A. et autres c. République argentine*, Décision sur la proposition des Demanderesses de récuser le Professeur Campbell McLachlan, Arbitre, ARB/07/26, 12 août 2010 (« *Urbaser* »), ¶ 43 ; *Burlington*, ¶ 66 ; *Abaclat*, ¶ 75 ; *Conoco*, ¶ 51 ; *Conoco et al.*, ¶ 81.

⁶⁰ *Urbaser*, ¶ 43 ; *Blue Bank*, ¶ 59 ; *Burlington*, ¶ 66 ; *Abaclat*, ¶ 76 ; *Conoco*, ¶ 52 ; *Conoco et al.*, ¶ 83.

⁶¹ *Suez*, ¶¶ 39-40 ; *Abaclat*, ¶ 77 ; *Burlington*, ¶ 67 ; *Conoco*, ¶ 53 ; *Conoco et al.*, ¶ 84.

⁶² *Burlington*, ¶ 67 ; *Abaclat*, ¶ 77 ; *Blue Bank*, ¶ 60 ; *Repsol*, ¶ 72 ; *Conoco*, ¶ 53 ; *Conoco et al.*, ¶ 84.

⁶³ *Burlington*, ¶ 73 ; *Conoco*, ¶ 39 ; *Abaclat*, ¶ 68 ; *Conoco et al.*, ¶ 63.

connaissance des faits sur lesquels elle était fondée,⁶⁴ mais qu'une demande soumise après 53 jours était hors délais⁶⁵.

61. La Défenderesse n'a pas prétendu que la Proposition était présentée en dehors des délais requis.
62. En l'espèce, la Proposition a été soumise 7 jours après la décision du Tribunal ayant donné lieu à la Proposition. Par conséquent, la Proposition a été soumise dans les plus brefs délais aux fins de l'article 9(1) du Règlement d'arbitrage.

C. Fond

63. Comme cela été rappelé ci-dessus, les deux Parties ont eu la possibilité de présenter des commentaires sur les questions relatives à la production de documents pertinents, d'abord dans leurs *Redfern Schedules* soumis le 9 août 2016 et ultérieurement dans leurs observations supplémentaires, à savoir la lettre des Demanderesses du 15 octobre 2016 et la réponse de la Défenderesse à cette lettre en date du 22 octobre 2016⁶⁶.
64. Le Tribunal a ensuite rendu sa décision sur la demande des Demanderesses en date du 15 octobre 2016, en indiquant que « donner suite à ces questions de production de documents à ce stade de la procédure ne [contribuerait] pas de manière significative à la résolution de ce différend »⁶⁷.
65. Le Tribunal a aussi expressément indiqué que les Demanderesses étaient libres de traiter le prétendu non-respect par la Défenderesse de l'OP 7 et ses conséquences juridiques, telles que des « *adverse inferences* », « dans leurs prochaines écritures prévues au calendrier, ainsi qu'à l'audience »⁶⁸, donnant ainsi aux Demanderesses d'autres possibilités d'aborder ces questions de preuve.

⁶⁴ *Urbaser*, ¶ 19.

⁶⁵ *Suez*, ¶¶ 22-26.

⁶⁶ Voir ¶¶ 9-14.

⁶⁷ Lettre du Tribunal du 27 octobre 2016. Soulignement ajouté.

⁶⁸ Lettre du Tribunal du 27 octobre 2016. Soulignement ajouté.

66. Le Tribunal a enfin rappelé aux Parties leur « *obligation continue de produire les documents pertinents si et quand ceux-ci deviennent disponibles* »⁶⁹.
67. Par conséquent, et après un examen rigoureux des arguments des Parties, le Président ne voit dans la Décision du Tribunal aucune preuve ni d'un préjugé des questions objets du différend, ni d'une violation du principe de garantie d'une procédure régulière.
68. S'il se peut que les Demanderesses ne soient pas satisfaites de la Décision du Tribunal, la simple existence d'une décision défavorable est insuffisante pour établir la preuve d'un défaut manifeste d'impartialité, comme l'exigent les articles 14 et 57 de la Convention CIRDI. S'il en était autrement, les procédures pourraient être continuellement interrompues par une partie insatisfaite, ce qui aurait pour effet de perturber et prolonger abusivement la procédure arbitrale.
69. Selon le Président, un tiers qui procèderait à un examen raisonnable de la Décision du Tribunal et des circonstances factuelles sur lesquelles la Proposition des Demanderesses est fondée, ne conclurait pas à un défaut manifeste des qualités exigées à l'article 14(1) de la Convention CIRDI. Par conséquent, la Proposition de récusation doit être rejetée.

IV. DÉCISION

70. Après avoir examiné l'ensemble des faits allégués et les arguments soumis par les Parties, et pour les raisons énoncées ci-dessus, le Président rejette la Proposition des Demanderesses de récuser tous les membres du Tribunal.

[SIGNATURE]

Président du Conseil administratif du CIRDI

Dr. Jim Yong Kim

⁶⁹ Lettre du Tribunal du 27 octobre 2016.