

CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT
DES DIFFÈRENDIS RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS
DANS LA PROCÉDURE EN ANNULATION
ENTRE

**TOGO ELECTRICITE ET
GDF-SUEZ ENERGIE SERVICES**

c.

LA REPUBLIQUE TOGOLAISE

Affaire CIRDI N° ARB/06/07

DECISION EN ANNULATION

Sir Franklin Berman, QC, Membre du Comité
M. le Professeur Rolf Knieper, Membre du Comité
M. le Professeur Albert Jan van den Berg, Président du Comité

Secrétaire du Comité : Mme Aurélie Antonietti

Assistante du Comité : Me Erica Stein

Date d'envoi aux Parties : le 6 septembre 2011

Conseils de Togo Electricité :

Me Thierry Lauriol
JEANTET & ASSOCIES
87, avenue Kléber
75784 Paris Cedex 16
France

Conseils de GDF-Suez Energie Services :

M. le Professeur Ibrahim Fadlallah
Me Christine Baude-TeXidor
61, rue de la Boétie
75008 Paris
France

Conseils de la République Togolaise :

Me Hamid G. Gharavi
Me Bertrand Derains
Me Marie-Laure Bizeau
Me Nada Sader
DERAINS & GHARAVI
25, rue Balzac
75008 Paris
France

et

Me Mathieu Hérisson
27, boulevard Saint-Michel
75005 Paris
France

TABLE DES MATIERES

I.	LES PARTIES	- 5 -
II.	LE COMITÉ <i>AD HOC</i>	- 6 -
III.	LA PROCEDURE.....	- 6 -
	A. La Sentence.....	- 6 -
	B. Le Recours en annulation.....	- 8 -
IV.	LA POSITION RESPECTIVE DES PARTIES.....	- 16 -
	A. La Position de la République Togolaise.....	- 16 -
	B. La Position de TE-GDF	- 18 -
V.	L'INTRODUCTION A L'ANALYSE DU COMITE.....	- 18 -
	A. La Méthode d'interprétation	- 18 -
	B. L'Objet et le but de la Convention CIRDI.....	- 19 -
	C. L'Approche générale à l'article 52	- 20 -
	D. « [L]'excès de pouvoir manifeste du Tribunal » (l'article 52(1)(b)).....	- 20 -
	E. « [L]'inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure » (l'article 52(1)(d)).....	- 22 -
	F. « [D]éfaut de motifs » (l'article 52(1)(e)).....	- 23 -
VI.	LA RECEVABILITE DE LA DEMANDE	- 24 -
	A. La Position respective des Parties	- 24 -
	B. L'Analyse du Comité.....	- 25 -
VII.	LES MOTIFS D'ANNULATION.....	- 28 -
	A. Motifs relatifs à la responsabilité de la République Togolaise	- 28 -
	1. <i>La Position respective des Parties</i>	- 28 -
	2. <i>L'Analyse du Comité</i>	- 29 -
	(a) La Recevabilité.....	- 29 -
	(b) Le Bien-fondé des motifs invoqués.....	- 31 -
	(i) L'état prétendument dégradé des installations concédées.....	- 32 -
	(ii) La non-obtention d'un prêt par la République Togolaise.....	- 40 -
	(iii) Une série d'autres raisons qui auraient entraîné un déséquilibre financier de la Concession.....	- 46 -
	3. <i>La Conclusion</i>	- 50 -
	B. Motifs relatifs à la nomination d'un expert.....	- 50 -
	1. <i>La Position respective des Parties</i>	- 51 -
	2. <i>L'Analyse du Comité</i>	- 51 -
	(a) La Recevabilité.....	- 51 -

	(b) Sur le fond	- 52 -
	3. <i>La Conclusion</i>	- 61 -
C.	Motifs relatifs aux montants des indemnités « extracontractuelles »	- 61 -
	1. <i>La Position respective des Parties</i>	- 61 -
	2. <i>L'Analyse du Comité</i>	- 62 -
	(a) La Recevabilité.....	- 62 -
	(b) Quant à l'ensemble des décisions du Tribunal	- 63 -
	(c) Quant à la valeur des Bien Propres.....	- 77 -
	(d) Quant aux agios encourus.....	- 79 -
	(e) Quant aux autres droits patrimoniaux.....	- 82 -
	(f) Quant au solde des comptes bancaires de Togo Electricité au 22 février 2006 soit 1.191.141.211 de francs CFA.....	- 85 -
	3. <i>La Conclusion</i>	- 88 -
D.	Motifs relatifs à la non-compensation.....	- 88 -
	1. <i>La Position respective des Parties</i>	- 89 -
	2. <i>L'Analyse du Comité</i>	- 90 -
	(a) La Recevabilité.....	- 90 -
	(b) Sur le fond	- 91 -
	3. <i>La Conclusion</i>	- 92 -
VIII.	LA CONCLUSION	- 93 -
IX.	LES FRAIS	- 93 -
X.	LE DISPOSITIF	- 96 -

I. LES PARTIES

1. Les demanderesses dans la procédure arbitrale, les défenderesses en annulation :

1. Togo Electricité

2. GDF-Suez Energie Services

ci-après respectivement « Togo Electricité » ou « GDF », ou conjointement « TE-GDF ».

2. TE-GDF sont représentées dans cette procédure par les conseils indiqués à la page 2 ci-dessus.

3. La défenderesse dans la procédure arbitrale, la demanderesse en annulation :

La République Togolaise, représentée par le Ministère des Mines et de l'Energie et de l'Eau.

ci-après « la République Togolaise », ou « l'Etat du Togo ».

4. La République Togolaise est représentée dans cette procédure par les conseils indiqués à la page 2 ci-dessus.

5. TE-GDF et la République Togolaise seront ci-après dénommés conjointement « les Parties ».

II. LE COMITÉ AD HOC

6. Le Comité *ad hoc* (« le Comité ») a été constitué le 22 novembre 2010 en vertu de l'article 52(3) de la Convention de Washington du 18 mars 1965 (« la Convention CIRDI ») et de l'article 52(2) du Règlement d'arbitrage du CIRDI. Ses membres sont:

- (i) Sir Franklin Berman, QC
(Membre du Comité)
de nationalité britannique
- (ii) M. le Professeur Rolf Knieper
(Membre du Comité)
de nationalité allemande
- (iii) M. le Professeur Albert Jan van den Berg
(Président du Comité)
de nationalité néerlandaise.

III. LA PROCEDURE

A. La Sentence

7. Dans une sentence adressée aux Parties le 10 août 2010 (« la Sentence »), le Tribunal arbitral constitué de Dr Ahmed S. El-Kosheri en tant que Président (de nationalité égyptienne), Maître Marc Grüniger en tant que co-arbitre (de nationalité suisse), et l'Honorable Marc Lalonde en tant que co-arbitre (de nationalité canadienne) a conclu que Togo Electricité avait correctement résilié la Convention de Concession du Service Public National de Distribution et de Vente de l'Energie Electrique signée le 5 septembre 2000 (« la Convention de Concession ») sur le fondement de son article 57, entraînant la condamnation de la République Togolaise au paiement de dommages et intérêts et au rejet de sa demande reconventionnelle.

8. Plus précisément, dans la Section VII de la Sentence, intitulée « *Dispositif* », le Tribunal a décidé que :

« 1. *Togo Electricité a valablement résilié la Convention de Concession le 22 février 2006 à minuit en application de l'article 57 de la Convention de Concession. Le Décret Présidentiel du 22 février 2006 est déclaré sans effet.*

2. *La République Togolaise est condamnée à payer à Togo Electricité les sommes suivantes en devise transférable et librement convertible :*

[1] - *10.623.742.582 de francs CFA au titre des indemnités contractuelles dues en vertu de la Convention de Concession ;*

[2] - *Le solde des comptes bancaires de Togo Electricité au 22 février 2006 soit 1.191.141.211 de francs CFA ;*

[3] - *Les sommes correspondant aux Bien Propres de Togo Electricité en application de l'article 50 de la Convention de Concession, à savoir 1.501.862.962 de francs CFA ;*

[4] - *Les agios encourus avant la résiliation, à savoir 58.524.403 de francs CFA ;*

[5] - *Le solde des consommations de la République Togolaise au 22 février 2006 à savoir 3.588.415.997 de francs CFA ; et*

[6] - *Le solde des consommations antérieur au 22 février 2006, à savoir 22.197.521.394 de francs CFA.*

Ces sommes porteront intérêts au taux de 6,5890% per annum à compter du 22 février 2006, et ce jusqu'au complet paiement par la République Togolaise. Ces sommes ne sont pas compensables avec d'autres sommes que Togo Electricité pourrait devoir à la Défenderesse dans le cadre d'autres actions.

3. *Les autres demandes de Togo Electricité sont rejetées.*

4. *Les demandes de GDF Suez Energie Services sont rejetées.*

5. *La demande reconventionnelle présentée par la République Togolaise est rejetée.*

6. *Chaque partie supportera ses propres frais et honoraires de conseils et de représentation engagés dans la présente procédure.*
7. *Les frais d'arbitrage, y compris les frais et honoraires des membres du Tribunal, ainsi que les frais du CIRDI tels qu'ils seront déterminés et notifiés ultérieurement par le Centre, seront supportés à hauteur de 80% par la République Togolaise et 20% par les Demanderesses. La République Togolaise est condamnée à rembourser aux Demanderesses pro-rata de leur participation respective les sommes correspondant aux frais d'arbitrage que celles-ci ont payé au-delà des 20% ci-dessus mentionnés. Ces sommes porteront intérêts au taux de 6,5890% per annum à partir de 30 jours de la date d'envoi de la Sentence, en cas de non-paiement. »*

B. Le Recours en annulation

9. Le 27 octobre 2010, la République Togolaise a soumis auprès du Secrétaire général du CIRDI une Demande en Annulation (« la Demande »), conformément à l'article 52 de la Convention CIRDI et à l'article 50 du Règlement d'arbitrage. La Demande faisait référence à deux motifs d'annulation prévus dans l'article 52 de la Convention CIRDI, à savoir : (i) l'excès de pouvoir manifeste du Tribunal ; et (ii) un défaut de motifs. Par ailleurs, la Demande contenait une requête en suspension de l'exécution de la Sentence.
10. Le 4 novembre 2010, le Secrétaire général du CIRDI a enregistré la Demande, qui a fait l'objet d'une notification aux Parties le même jour. Par la même occasion, et conformément à l'article 54 du Règlement d'arbitrage, le Secrétaire général a rappelé que l'exécution de la Sentence était suspendue à titre provisoire dans la mesure où la Demande requérait qu'il soit sursis à l'exécution de la Sentence.
11. Le 10 décembre 2010, la République Togolaise a soumis un « Mémoire Additionnel », par lequel elle a entendu rajouter un troisième motif d'annulation à la Demande, c'est-à-dire l'inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure.

12. Par la suite, les Parties ont échangé plusieurs correspondances concernant la requête en suspension de la Sentence.
13. La première session du Comité s'est tenue à Paris le 20 janvier 2011. Lors de la session, les Parties ont confirmé que le français était la langue de la procédure et que la procédure serait régie par le Règlement d'arbitrage entré en vigueur le 10 avril 2006. Par ailleurs, deux points en particulier ont été ajoutés à l'ordre du jour, à savoir (i) la recevabilité du Mémoire Additionnel ; et (ii) la suspension de l'exécution de la Sentence.
14. Après avoir entendu la position respective des Parties, le Comité a décidé de ne pas trancher la question de la recevabilité dans le cadre de la première session, mais plutôt de joindre son examen à celui des questions de fond. Les Parties ont décidé d'un commun accord que TE-GDF auraient jusqu'au 28 janvier 2011 pour soumettre un Mémoire sur la Recevabilité.
15. Quant à la suspension de l'exécution de la Sentence, le Comité a entendu la position respective des Parties. Par la suite, par Ordonnance datée du 31 janvier 2011, le Comité a décidé que :
 - « 1. *Il doit être sursis à l'exécution de la Sentence jusqu'à ce que le Comité rende sa décision sur le recours en annulation ;*
 2. *Il n'y a pas lieu d'exiger une garantie bancaire de la part de la [République Togolaise] »¹.*
16. Le 3 février 2011, TE-GDF ont écrit au Comité, se demandant « *s'il n'y avait pas une erreur matérielle qui se serait glissée dans le texte de l'ordonnance* » au vu des

¹ TE-GDF avaient demandé au Comité d'ordonner la mainlevée de la suspension provisoire de la Sentence, ou à défaut d'accorder la suspension de l'exécution de la Sentence en échange de la constitution d'une garantie bancaire.

échanges qui avaient eu lieu lors de la première session concernant la requête en suspension de la Sentence.

17. Le 8 février 2011, la République Togolaise a répondu que ces échanges devaient « être replacés dans le contexte des débats, pour retrouver tout leur sens ». Dès lors, la République Togolaise était d’avis que l’ordonnance ne contenait aucune erreur et que la décision du Comité de maintenir la suspension de la Sentence était claire.
18. Le 14 février 2011, le Comité a communiqué aux Parties le message reproduit ci-après :

« Le Comité fait référence à la lettre de [TE-GDF] datée du 3 février 2011, ainsi qu’à la lettre de la [République Togolaise] datée du 8 février 2011.

Le Comité note que [TE-GDF] se demandent “s’il n’y aurait pas une erreur matérielle qui se serait glissée dans le texte” de l’Ordonnance No. 1 au vu de certaines affirmations faites par le Comité lors de la première session. Le Comité note également que la [République Togolaise] “ne voit aucune contradiction entre les dispositions de l’ordonnance et les discussions qui ont eu lieu pendant la première session”.

Le Comité signale que ses propos doivent à tout moment être placés dans le contexte des débats. Dès lors, il est clair que le Comité n’avait pas pris position sur la requête en suspension pendant la première session et que l’Ordonnance No. 1 ne contient aucune “erreur matérielle”. »

19. Dans l’intérim, le 28 janvier 2011, TE-GDF ont soumis leur Mémoire sur la Recevabilité, conformément au calendrier convenu lors de la première session. Ce même calendrier prévoyait également que la République Togolaise soumettrait son Mémoire en Demande (« MeD ») le 28 février 2011, et que TE-GDF déposeraient leur Mémoire en Réponse (« MeR ») le 30 mars 2011.
20. Ce calendrier tenait compte du fait que dans cette procédure en annulation, les Parties devaient se baser uniquement sur les documents déjà versés au dossier de

l'instance. Par conséquent, elle pouvait se dérouler dans des délais plus courts qu'une procédure arbitrale proprement dite.

21. Néanmoins, le 25 février 2011, la République Togolaise a écrit au Comité, demandant une prolongation de deux mois et demi pour la soumission de son Mémoire en Demande. La République Togolaise se fondait *inter alia* sur le fait qu'elle venait de mandater de nouveaux conseils afin d'assurer sa représentation dans cette affaire.
22. Le même jour, TE-GDF ont répliqué, faisant référence à un courrier du 24 février 2011 de la République Togolaise adressé à son ancien conseil et qui leur a été transmis le 25 février 2011 par le Centre qui en avait été récipiendaire:

« [I]l résulte également de [ce courrier] que :

“pour des raisons de stratégie et afin d'obtenir un report leur [les nouveaux conseils] permettant de prendre connaissance du dossier, nous sommes contraints de notifier au CIRDI que ces avocats vous succèdent dans ce dossier.

Ceci étant, soyez assuré que vous nous maintenons toute notre confiance et comptons sur vous pour continuer à défendre nos intérêts de concert avec les conseils que nous désignons à vos côtés.”

[...]

La République du Togo affirme donc clairement que le mandat donné aux nouveaux conseils est réalisé dans le but dilatoire d'obtenir un report, qui est lui-même motivé par des raisons de pure stratégie. »

23. Par la suite, le Centre a transmis au Comité une lettre émanant du Premier ministre togolais en date du 25 février 2011 indiquant que le courrier auquel TE-GDF avaient fait référence était « *une lettre confidentielle de courtoisie destinée à faciliter la transition entre conseils* » et devait donc « *être écartée des débats* ».

24. Le 28 février 2011, le Comité a reçu les observations des nouveaux conseils de la République Togolaise, s'opposant à la lettre de TE-GDF. Le Comité a également reçu un courrier de la part de l'ancien conseil de la République Togolaise, confirmant qu'il ne participait plus à cette procédure.
25. Le même jour, le Comité a décidé (i) d'octroyer une prolongation d'une semaine à la République Togolaise pour la soumission de son Mémoire en Demande ; et (ii) de maintenir les dates d'audience des 21 et 22 avril 2011 retenues par les Parties et le Comité à l'issue de la première session. Le Comité a également indiqué qu'il allait communiquer les raisons de cette décision ultérieurement.
26. Le 3 mars 2011, le Comité a fait part des raisons qui l'ont amené à accorder une prolongation d'une semaine aux nouveaux conseils de la République Togolaise :

« Le Comité est d'avis que la récente demande de prolongation de la République Togolaise aurait dû être justifiée, en particulier au vu du calendrier convenu par les parties pendant la première session. La République Togolaise ayant en principe le droit de changer de conseils, elle n'a pas le droit de le faire de manière à perturber la procédure initialement établie. Or la République Togolaise a mandaté ses nouveaux avocats le 24 février, soit quatre jours seulement avant la date prévue pour la soumission du Mémoire. Pour autant qu'un tel acte ait éventuellement pu être justifié par des circonstances exceptionnelles, la République Togolaise n'a communiqué aucune raison pour laquelle elle aurait été contrainte de changer de conseils si précipitamment. Dès lors, c'était purement dans un esprit de bonne collaboration que le Comité a décidé d'accorder une prolongation d'une étendue restreinte d'une semaine aux nouveaux avocats de la [République Togolaise]. »

27. Le même jour, la République Togolaise a de nouveau demandé une prolongation, cette fois de quatre jours, pour le dépôt de son Mémoire en Demande. TE-GDF s'y sont immédiatement opposées.

28. Le 4 mars 2011, le Comité a décidé de ne pas accorder un délai supplémentaire à la République Togolaise :

« Le Comité fait référence à la lettre de Me Gharavi datée du 3 mars 2011, ainsi qu'à la lettre de Me Lauriol de la même date.

Le Comité est d'avis que Me Gharavi n'a présenté aucun nouvel élément susceptible d'amener le Comité à reconsidérer sa décision antérieure.

Par conséquent, la date pour la soumission du Mémoire de la République togolaise (i.e., le 7 mars 2011) reste inchangée. »

29. Le 7 mars 2011, la République Togolaise a soumis son Mémoire en Demande, ainsi que les Pièces numérotées DA-1 à DA-40.
30. Le 8 mars 2011, TE-GDF ont demandé au Comité de leur accorder une prolongation jusqu'au 6 avril 2011 pour le dépôt de leur Mémoire en Réponse. La République Togolaise ne s'y est pas opposée. Le Comité a donc confirmé l'accord des Parties le même jour.
31. Le 6 avril 2011, Togo Electricité a déposé son Mémoire en Réponse, ainsi que les Pièces numérotées DTE-1 à DTE-35. Le même jour, GDF a notifié le Comité qu'elle s'associait à la défense de Togo Electricité et faisait sien le Mémoire en Réponse.
32. Les 21 et 22 avril 2011, une audience de plaidoiries s'est tenue dans les locaux de la Banque mondiale à Paris. Etaient présents à l'audience :

Pour le Comité

M. le Professeur Albert Jan van den Berg, Président du Comité
Sir Franklin Berman, KCMG, QC, Membre du Comité
M. le Professeur Rolf Knieper, Membre du Comité
Me Erica Stein, Assistante du Comité

Pour le CIRDI

Mme Aurélie Antonietti, Secrétaire du Comité

Pour la République Togolaise

M. Yao Louis Eric Kpegba, Conseiller Technique, Ministère des Mines et de l'Énergie

M. Yawovi Negbegble, Conseiller Technique, Ministère des Mines et de l'Énergie

M. Etienne K. N'Guessan, Directeur Général AIEC, Consultant du Togo pour la Concession Togo Électricité

Me Hamid Gharavi, Derains & Gharavi, Conseil

Me Bertrand Derains, Derains & Gharavi, Conseil

Me Marie-Laure Bizeau, Derains & Gharavi, Conseil

Me Nada Sader, Derains & Gharavi, Conseil

Me Cédric Soule, Derains & Gharavi, Conseil

Me Rory Wheeler, Derains & Gharavi, Conseil

Mme Anna Lysak, Derains & Gharavi, Stagiaire

Pour Togo Electricité

Me Thierry Lauriol, Cabinet Jeantet Associés, Conseil

Me Valeria Vidoni, Cabinet Jeantet Associés, Conseil

Me Capucine Du Pac de Marsoulies, Cabinet Jeantet Associés, Conseil

Mme Alice Oncle, Cabinet Jeantet Associés

Pour GDF Suez Energie Services

M. Michel Caillard, GDF-SES

M. le Professeur Ibrahim Fadlallah, Conseil

Me Christine Baude-TeXidor, Conseil

33. Les Parties ont confirmé à l'issue de l'audience qu'elles n'avaient pas d'objections concernant la procédure suivie par le Comité.
34. Le 2 mai 2011, les Parties ont soumis leurs états des dépenses respectifs.
35. Le 7 juillet 2011, le Comité a demandé aux Parties de compléter, si elles le souhaitent, leurs observations sur certaines questions:

« Pendant les délibérés, le Comité a pris en considération toutes les soumissions écrites et orales des Parties inter alia sur la question des indemnités contractuelles prévues à l'article 57 de la Convention de Concession, ainsi que sur la question des indemnités dites extracontractuelles. Le Comité a également pris note des arguments des Parties concernant le lien entre ces deux catégories de dommages.

Avant de finaliser sa Décision, le Comité aurait cependant voulu savoir si les Parties souhaitaient compléter leurs observations sur ces questions au vu des §§ 169, 173, 174, 199, 205 and 206 de la Sentence, et notamment les conséquences juridiques qu'elles en tirent.

Par ailleurs, le Comité voudrait avoir le point de vue des Parties sur ce que l'on doit entendre par les expressions « autres droits patrimoniaux qui sont devenus exigibles à cause de la résiliation » (cf. § 199(iii) de la Sentence ; Section 9.3 de la Sentence, intitulée « Autres droits patrimoniaux devenus exigibles [...] ») et « droits acquis » (cf. § 206 de la Sentence).

Toute observation complémentaire doit être déposée endéans deux semaines, à savoir le 22 juillet au plus tard, et tenir en 10 pages. Chaque Partie aura ensuite une semaine afin de soumettre une brève réponse aux observations de l'autre Partie. »

36. Le 22 juillet 2011, la République Togolaise a soumis des « Observations complémentaires » en réponse aux questions du Comité. Pour leur part, TE-GDF ont déposé une « Note en Délibéré » le même jour.
37. Le 29 juillet 2011, la République Togolaise a répondu à la Note en Délibéré de TE-GDF, et TE-GDF ont répondu aux Observations complémentaires de la République Togolaise.
38. Le 29 août 2011, le Comité a clôturé l'instance, conformément à l'article 38(1) du Règlement d'arbitrage.

IV. LA POSITION RESPECTIVE DES PARTIES

A. La Position de la République Togolaise

39. D'après la République Togolaise, la Sentence doit être annulée à cause des « multiples violations » du Tribunal de trois des cinq motifs d'annulation visés à l'article 52 de la Convention CIRDI, à savoir : (i) l'excès de pouvoir manifeste du Tribunal ; (ii) un défaut de motifs ; et (iii) l'inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure.

40. La République Togolaise formule ainsi aux paragraphes 263 – 269 de son Mémoire en Demande les demandes reproduites ci-après :

« 263. Pour toutes les raisons exposées dans le présent Mémoire, la République Togolaise demande au Comité ad hoc d'annuler la Sentence dans sa totalité. Subsidiairement, la République Togolaise demande que les développements et conclusions entachés d'un des trois motifs d'annulation énoncés aux articles 52.1(b), (d) et (e) de la Convention soient annulés, ainsi que les dispositifs y afférents.

264. Plus particulièrement, la République Togolaise demande au Comité ad hoc, au vu de la Section II.A. ci-dessus, l'annulation de la Sentence dans son intégralité en raison de la violation des articles 52 (1) (b), (d) et (e) de la Convention CIRDI relative au bien-fondé de la résiliation sur l'article 57 de la Convention de Concession qui entache l'ensemble du dispositif de la Sentence.

265. Subsidiairement, la République Togolaise demande au Comité ad hoc :

265.1. D'annuler pour cause de violation des articles 52 (1) (b), (d) et (e) de la Convention CIRDI, au vu des paragraphes 154 à 185 ci-dessus, les dispositifs de la Sentence relatifs au paiement des dommages visés à l'article 53.6, soit le[s] premiers alinéas du paragraphe 2, page 72, de la Sentence ; et

265.2. D'annuler pour cause de violation des articles 52.1(b), (d) et (e) de la Convention CIRDI, au vu de la Section II.B. ci-

dessus, la condamnation de la République Togolaise au titre des ses prétendues responsabilités extracontractuelles, ainsi que les dispositifs y afférents, soit les alinéas 2, 3 et 4 de la Section VII, paragraphe 2 (page 72) de la Sentence.

266. *Plus subsidiairement, la République Togolaise demande au Comité ad hoc, au vu de la Section III.A.2. ci-dessus, d'annuler l'ensemble des dispositifs de la Sentence sur les dommages en raison de la violation des articles 52.1(b), (d) et (e) de la Convention CIRDI relative à la demande d'Expertise générale faite par la République Togolaise.*
267. *Encore plus subsidiairement, la République Togolaise demande au Comité ad hoc, au vu de la Section III.B. ci-dessus, d'annuler pour cause de violation des articles 52.1(b), (d) et (e) de la Convention CIRDI les dispositifs relatifs aux dommages extracontractuels, soit les alinéas 2, 3 et 5 de la Section VII, paragraphe 2 (page 72) de la Sentence.*
268. *En tout état de cause, la République Togolaise demande au Comité ad hoc, au vu de la Section IV ci-dessus, d'annuler le dispositif contenu dans le dernier paragraphe du paragraphe 2, page 72, de la Sentence sur la non-compensation en raison de la violation par le Tribunal des articles 52.1(b), (d) et (e) de la Convention CIRDI.*
269. *Enfin, et en tout état de cause, la République Togolaise demande au Comité ad hoc de condamner les Demanderesses à supporter la charge de tous les honoraires et frais encourus ou à encourir à l'occasion de la présente procédure d'annulation par la Défenderesse, incluant les honoraires et frais des membres du Comité ad hoc, du CIRDI, des avocats des parties ainsi que les frais internes. »*

41. Par ailleurs, la République Togolaise demande au Comité au paragraphe 262 de son Mémoire en Demande de rejeter la demande de TE-GDF relative à l'irrecevabilité du Mémoire Additionnel et d'accepter d'examiner le motif d'annulation visé à l'article 52(1)(d) de la Convention CIRDI.

B. La Position de TE-GDF

42. TE-GDF s'oppose à toute demande de la République Togolaise concernant l'annulation partielle ou totale de la Sentence.
43. Plus précisément, TE-GDF sollicite du Comité à la page 87 du Mémoire en Réponse :

« le rejet du recours en annulation ;

la condamnation de la République du Togo au paiement de l'ensemble des frais de la procédure de recours en annulation en ce compris les frais et honoraires des conseils. »

V. L'INTRODUCTION A L'ANALYSE DU COMITE

A. La Méthode d'interprétation

44. La tâche du Comité dans cette procédure consiste à appliquer les provisions pertinentes de la Convention CIRDI afin de trancher les demandes des Parties.
45. La « Règle générale d'interprétation » énoncée à l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit de traités (« CVDT »), universellement reconnue par des tribunaux et des Comités *ad hoc* CIRDI comme le principe directeur en la matière, exige d'interpréter un traité de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer à ses termes dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.
46. Il peut être également fait appel à des « Moyens complémentaires d'interprétation » de l'article 32 CVDT en vue (i) soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31 CVDT ; (ii) soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 CVDT laisse le sens ambigu ou obscur, ou conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable. Ces moyens

complémentaires d'interprétation incluent les travaux préparatoires du traité et les circonstances dans lesquelles le traité a été conclu.

B. L'Objet et le but de la Convention CIRDI

47. L'objet et le but de la Convention CIRDI se trouvent dans son Préambule.
48. La Convention a pour objet « *la nécessité de la coopération internationale pour le développement économique, et le rôle joué dans ce domaine par les investissements privés internationaux* », ainsi que la possibilité que « *des différends [puissent] surgir à toute époque au sujet de tels investissements entre Etats contractants et ressortissants d'autres Etats contractants* ».
49. Le but de la Convention CIRDI est d'offrir « *des modes de règlement internationaux [qui soient] appropriés dans certains cas* » et de mettre à disposition des « *mécanismes pour la conciliation et l'arbitrage internationaux auxquels les Etats contractants et les ressortissants d'autres Etats contractants puissent, s'ils le désirent, soumettre leurs différends* ». Ce but est également exprimé au paragraphe 9 du Rapport des Administrateurs, reproduit ci-après :

« En soumettant la Convention ci-jointe aux gouvernements, les Administrateurs sont mus par le désir de renforcer la collaboration des pays à la cause du développement économique. La création d'une institution destinée à faciliter le règlement des différends entre Etats et investisseurs étrangers peut constituer une étape importante vers l'établissement d'un climat de confiance mutuelle et permettre ainsi de stimuler un plus large accès du capital international aux pays qui désirent l'attirer chez eux. »

C. L'Approche générale à l'article 52

50. L'article 52 exclut l'examen du fond de la Sentence dans la mesure où l'article 53(1) exclut toute possibilité d'appel². Il en découle qu'un Comité *ad hoc* ne peut prendre en considération de nouveaux éléments concernant le fond d'une affaire dans le cadre d'une procédure en annulation.
51. Les motifs d'annulation visés à l'article 52(1) sont exhaustifs. Ni le sens ordinaire des termes de cet article ni son contexte ne laissent place à la possibilité de motifs additionnels³.
52. Cependant, l'article 52 n'exclut pas que plusieurs motifs d'annulation puissent s'appliquer au même moyen soulevé par la partie requérante.

D. « [L]’excès de pouvoir manifeste du Tribunal » (l'article 52(1)(b))

53. L'article 52(1)(b) exige tout d'abord que le Comité détermine si le moyen allégué porte sur les « *pouvoirs* » du Tribunal.
54. Les pouvoirs du Tribunal sont définis en détail à la Section 3 du Chapitre IV de la Convention CIRDI, intitulée « *Des pouvoirs et des fonctions du Tribunal* », qui définit en particulier dans son article 42(1) la loi à appliquer.
55. Si le Comité décide que le moyen allégué vise les pouvoirs du Tribunal, le Comité se doit ensuite d'examiner si le Tribunal a excédé ses pouvoirs de manière « *manifeste* ». Cela implique un examen *prima facie* de l'excès allégué.

² L'article 53(1) prévoit dans sa partie pertinente : « *La sentence est obligatoire à l'égard des parties et ne peut être l'objet d'aucun appel ou autre recours, à l'exception de ceux prévus à la présente Convention ...* »

³ Accessoirement, l'article 50(1)(c)(iii) du Règlement d'arbitrage confirme que « *ces motifs ne peuvent être que les suivants* ».

56. Le Comité arrive à ce résultat au vu du texte et du contexte des dispositions pertinentes de la Convention CIRDI. Plus précisément, dans la Convention CIRDI, le terme « *manifeste* » est également mentionné à l'article 36(3) dans le cadre du refus par le Secrétaire général d'enregistrer une requête d'arbitrage (si « *le différend excède manifestement la compétence du Centre* »). Le Comité considère que ce terme doit être compris d'une manière similaire que dans le contexte de l'article 52(1)(b), c'est-à-dire qu'il « saute aux yeux ».
57. Par ailleurs, des erreurs dans l'application ou des omissions d'un tribunal lors de l'application des règles de droit prévues par l'article 42(1) de la Convention CIRDI ne peuvent constituer un « *excès de pouvoir manifeste* » que si le tribunal applique des règles de droit qui ne sont pas celles prévues par cet article. Cette interprétation est confirmée par les *travaux préparatoires*⁴. Selon une interprétation contextuelle de l'article 52, confirmée par les *travaux préparatoires*, il y aurait également un excès de pouvoir manifeste si un tribunal ne traite pas d'un argument soulevé par l'une des parties dans la procédure qui pourrait être crucial ou décisif dans la décision à laquelle le tribunal est parvenu. L'article 48(3) de la Convention CIRDI prévoit que le tribunal « *doit répondre à tous les chefs de conclusions soumises au Tribunal* » (en anglais : « *deal with every question submitted to the Tribunal* » ; en espagnol : « *contendrá declaración sobre todas las pretensiones sometidas por las partes al Tribunal* ») et « *doit être motivée* ». Les *travaux préparatoires* montrent que le non respect de cette obligation a été rejeté comme motif d'annulation indépendant⁵. Au vu du terme « *manifeste* » et des versions française, anglaise et espagnole de la Convention, le fait pour un tribunal de ne pas répondre à tous les chefs de conclusions qui lui sont soumises ne peut donner lieu à annulation que dans

⁴ HISTORIQUE DE LA CONVENTION CIRDI, Vol. III, pp. 41, 200, 318, 457, 681 et HISTORY, Vol. II, p. 340 (document disponible uniquement en anglais et en espagnol).

⁵ HISTORIQUE DE LA CONVENTION CIRDI, Vol. III, pp. 448, 678-679, 695-696, 774-775.

l'hypothèse où ce chef de conclusions aurait été crucial ou décisif pour le résultat auquel est arrivé le tribunal, sous réserve de ce qui est observé au paragraphe 58 ci-dessous.

58. Pour autant que le sujet ait été évoqué et longuement discuté lors de l'audience, les Parties à la présente procédure en annulation n'ont pas invoqué l'article 49(2) de la Convention CIRDI à l'effet que l'omission de répondre à des chefs de conclusions soumises au tribunal doit en premier lieu faire objet d'une décision complémentaire conformément à cet article, aux termes duquel le tribunal peut « *statuer sur toute question sur laquelle il aurait omis de se prononcer dans la sentence* »⁶.

E. « [L]’inobservation grave d’une règle fondamentale de procédure » (l’article 52(1)(d))

59. « *Une règle fondamentale de procédure* » comprend les principes de justice naturelle (au niveau de la procédure, c'est-à-dire les garanties d'une procédure régulière et le principe du contradictoire)⁷. Ces principes comprennent également le principe de l'impartialité des arbitres (pour autant qu'il ne fasse pas déjà partie de la garantie d'une procédure régulière).
60. Si une règle fondamentale de procédure n'a pas été observée, l'article 52(1)(d) ne s'applique que si cette inobservation est « *grave* ». Le Comité doit donc évaluer si l'inobservation alléguée est « *grave* » au vu des circonstances du cas d'espèce.

⁶ HISTORIQUE DE LA CONVENTION CIRDI, Vol. III, p. 679.

⁷ Cf. l'article 18 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international 1985/2006. Cette interprétation est confirmée par les *travaux préparatoires*, HISTORIQUE DE LA CONVENTION CIRDI, Vol. III pp. 41, 200, 271, et 317-318.

F. « [D]éfaut de motifs » (l'article 52(1)(e))

61. Le terme « *motifs* » comprend l'ensemble du raisonnement du tribunal qui explique et justifie sa décision. Dès lors, l'article 52(1)(e) de la Convention, ainsi que son article connexe (l'article 48(3)), présuppose qu'un tribunal explique les raisons pour lesquelles il est parvenu à sa décision⁸. Bien entendu, ce raisonnement peut également comporter des raisons implicites qui découlent des motifs explicites fournis par le tribunal.
62. En revanche, l'article 52(1)(e) n'impose aucun contrôle sur la qualité de la motivation d'un tribunal (qu'elle soit « adéquate », « suffisante », « élaborée », « succincte », ou « détaillée »), pourvu que le lecteur puisse suivre avec suffisamment de clarté le raisonnement du tribunal dans sa totalité.
63. Néanmoins, le Comité se doit de s'assurer, quand ce grief est soulevé, que des motifs contradictoires ne s'annulent pas mutuellement de sorte que les raisons exposées par le tribunal sont de ce fait privées de leur sens. Ainsi, toute contradiction ne conduit pas à l'annulation de la sentence.
64. Le Comité tient à préciser que l'article 52(1)(e) ne s'applique pas à la situation où un tribunal ne répondrait pas à tous les chefs de conclusions qui lui sont soumises. Certes, en théorie, il est envisageable de traiter de cette question dans le cadre d'un défaut de motifs. Mais au vu du texte de l'article 48(3) de la Convention CIRDI (« *La sentence doit répondre à tous les chefs de conclusions soumises au Tribunal et doit être motivée* »), de l'article 52(1)(e) (« *Chacune des parties peut demander ...*

⁸ Le texte anglais de l'article 48(3) prévoit dans sa partie pertinente : « *The award . . . shall state the reasons upon which it is based* » et l'article 52(1)(e) : « *the award has failed to state the reasons on which it is based.* » Le texte français de l'article 48(3) prévoit dans sa partie pertinente : « *La sentence . . . doit être motivée* » et l'article 52(1)(e) : « *défaut de motifs.* » Le texte espagnol de l'article 48(3) prévoit dans sa partie pertinente : « *El laudo . . . será motivado* » et l'article 52(1)(e) : « *que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde.* »

l'annulation de la sentence pour ... (e) défaut de motifs »), et de l'article 49(2) (« *Sur requête d'une des parties ... le Tribunal peut ... statuer sur toute question sur laquelle il aurait omis de se prononcer dans la sentence ...* »), cette situation est en réalité visée par l'article 52(1)(b) (*voir* paragraphe 57 ci-dessus).

VI. LA RECEVABILITE DE LA DEMANDE

65. Lors de la première session, le Comité a décidé de joindre l'examen de la question de la recevabilité du Mémoire Additionnel à celui des questions de fond (*voir* paragraphes 13 – 14 ci-dessus). Dans cette Section VI, le Comité abordera maintenant cette question.

A. La Position respective des Parties

66. D'après TE-GDF, le Mémoire Additionnel du Togo en date du 10 décembre 2010 est irrecevable. A l'appui de leur position, TE-GDF se réfèrent (i) aux règles posées par la Convention et le Règlement d'arbitrage CIRDI, qui prévoient un délai de 120 jours après le prononcé de la sentence pour l'introduction d'une demande en annulation ; et (ii) à l'application de ces règles dans la jurisprudence des comités *ad hoc*, qui établit qu'une partie n'a pas le droit de soulever un nouveau motif supplémentaire d'annulation au-delà de ces 120 jours⁹.

67. Se basant sur une lecture littérale de la Convention et du Règlement d'arbitrage du CIRDI, la République Togolaise considère quant à elle que le Mémoire Additionnel est recevable car le délai de forclusion de 120 jours « *s'applique seulement au dépôt de la demande en annulation, sans pour autant exiger que le demandeur en annulation expose l'intégralité des motifs sur lesquels il se fonde* ». Par ailleurs, la République Togolaise est d'avis que la jurisprudence d'autres comités *ad hoc* n'a pas

⁹ Mémoire sur la Recevabilité, pp 2-8.

d'importance car (i) ce Comité n'est pas tenu par des décisions antérieures ; et (ii) les décisions citées par TE-GDF ne sont pas pertinentes¹⁰.

B. L'Analyse du Comité

68. Il ressort de la position respective des Parties que le Comité doit examiner deux questions, à savoir : (i) si le Mémoire Additionnel devait être présenté dans les délais prévus par la Convention et le Règlement d'arbitrage du CIRDI ; et (ii) dans la négative, si la Demande en Annulation pouvait être modifiée afin d'introduire un troisième motif d'annulation.
69. Le Comité commencera par la première question.
70. La Convention CIRDI prévoit à son article 52 que :

« (1) Chacune des parties peut demander, par écrit, au Secrétaire général l'annulation de la sentence pour l'un quelconque des motifs suivants :

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

(2) Toute demande doit être formée dans les 120 jours suivant la date de la sentence¹¹, sauf si l'annulation est demandée pour cause de corruption, auquel cas ladite demande doit être présentée dans les 120 jours suivant la découverte de la corruption et, en tout cas, dans les trois ans suivant la date de la sentence » (soulignement ajouté par le Comité).

¹⁰ MeD, §§ 245-261.

¹¹ Le Comité note que la version anglaise prévoit dans sa partie pertinente que « [t]he application shall be made within 120 days after the date on which the award was rendered ».

71. Le Règlement d'arbitrage CIRDI prévoit à l'article 50(c)(iii) que :

« (1) Une demande en interprétation, révision ou annulation d'une sentence est adressée par écrit au Secrétaire général et doit :

[...]

(c) mentionner de façon détaillée :

[...]

(iii) dans une demande en annulation, conformément à l'article 52(1) de la Convention, les motifs sur lesquels elle se fonde ; ces motifs ne peuvent être que les suivants :

- vice dans la constitution du Tribunal ;*
- excès de pouvoir manifeste du Tribunal ;*
- corruption d'un membre du Tribunal ;*
- inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure ;*
- défaut de motifs » (soulignement ajouté par le Comité).*

72. Il ressort des textes susvisés que « toute demande » en annulation « doit être formée dans les 120 jours suivant la date de la sentence » et doit « mentionner de façon détaillée les motifs sur lesquels elle se fonde ». Autrement dit, ces textes prévoient explicitement que tous les motifs d'annulation doivent être mentionnés de façon détaillée lors de la demande en annulation.

73. Par ailleurs, les cinq motifs d'annulation ne forment pas un ensemble, mais sont distincts les uns des autres. En effet, lorsque la requérante invoque un motif d'annulation, ce n'est pas pour autant qu'elle en invoque un autre. Dès lors, il incombe à la requérante de choisir sa stratégie et de structurer sa demande en

conséquence. Il en résulte que chaque motif d'annulation sur lequel la demande est fondée doit être invoqué et mentionné de façon détaillée dans les délais impartis.

74. Le Comité ne peut donc accepter la position de la République Togolaise selon laquelle la Convention CIRDI et le Règlement d'arbitrage n'exigent pas « *que le demandeur en annulation expose l'intégralité des motifs sur lesquels il se fonde* ».
75. Dans la Demande en Annulation, la République Togolaise se fonde sur deux motifs d'annulation, à savoir : (i) l'excès de pouvoir manifeste (l'article 52(1)(b)) ; et (ii) le défaut de motifs (l'article 52(1)(e)). Ce n'est que dans son Mémoire Additionnel que la République Togolaise a invoqué explicitement « *le motif supplémentaire de l'inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure tel que visé à l'article 52(1)(d)* »¹². Or, il n'est pas contesté que le Mémoire Additionnel du Togo a été déposé au-delà du délai de 120 jours prévu à l'article 52(2) de la Convention CIRDI.
76. Par conséquent, le motif supplémentaire d'annulation allégué dans cette soumission est irrecevable, et il n'y a pas lieu d'examiner si la Demande en Annulation pouvait être modifiée afin d'introduire un troisième motif d'annulation. Néanmoins, le Comité tient à préciser que même s'il avait déclaré recevable le motif d'une inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure, il l'aurait déclaré non fondé. Conformément à son analyse au paragraphe 60 ci-dessus, la tâche du Comité aurait été de déterminer si l'inobservation alléguée était « *grave* » au vu des circonstances du cas d'espèce. Comme il transparaîtra du texte ci-dessous, le Comité n'aurait trouvé aucune inobservation grave au vu des circonstances de cette affaire.

¹² Mémoire Additionnel, p. 1.

VII. LES MOTIFS D'ANNULATION

77. La République Togolaise fonde son recours en annulation sur trois des cinq motifs d'annulation visés à l'article 52 de la Convention CIRDI, dont deux sont recevables, à savoir : l'excès de pouvoir manifeste du Tribunal (l'article 52(1)(b)); et un défaut de motifs (l'article 52(1)(e)).
78. En particulier, la République Togolaise invoque ces motifs à l'encontre du dispositif de la Sentence portant sur la responsabilité de la République Togolaise (A) ; les dommages accordés à Togo Electricité (B) ; et le principe de la non-compensation (C).

A. Motifs relatifs à la responsabilité de la République Togolaise

79. Au paragraphe 1 du dispositif de la Sentence, le Tribunal a décidé que Togo Electricité avait valablement résilié la Convention de Concession le 22 février 2006 à minuit en application de son article 57 (*voir* paragraphe 8 ci-dessus).
80. A l'appui de cette décision, le Tribunal a expliqué aux paragraphes 185(A) – (E) de la Sentence qu'il considérait que Togo Electricité avait le droit d'engager le processus de l'article 57 en raison du déséquilibre financier occasionné *inter alia* par l'état dégradé des installations concédées et la non-obtention par l'Etat d'un prêt de la Banque mondiale (« prêt IDA »).
81. La République Togolaise estime que la conclusion du Tribunal concernant le bien-fondé de la résiliation par Togo Electricité de la Convention de Concession en application de son article 57 est entachée de nullité pour les motifs d'annulation mentionnés au paragraphe 77 ci-dessus

1. La Position respective des Parties

82. Selon la République Togolaise, le Tribunal a jugé que Togo Electricité était justifiée à résilier la Convention de Concession sur le fondement de son article 57 pour trois

raisons principales, à savoir : « l'état prétendument dégradé des installations concédées » ; « la non-obtention d'un prêt par la République Togolaise » ; et « une série d'autres raisons qui auraient entraîné un déséquilibre financier de la Concession »¹³.

83. La République Togolaise considère toutefois que ces trois raisons donnent lieu à un ou plusieurs motifs d'annulation tels que visés à l'article 52(1) de la Convention CIRDI, de sorte que la Sentence doit être intégralement annulée¹⁴.
84. TE-GDF sont d'avis que les motifs d'annulation invoqués par la République Togolaise dans le Mémoire en Demande quant au bien-fondé de la résiliation sont irrecevables puisqu'ils sont différents de ceux invoqués dans la Demande en Annulation. Subsidièrement, TE-GDF s'opposent aux arguments contenus dans le Mémoire en Demande car les motifs invoqués ne sont pas fondés¹⁵.

2. L'Analyse du Comité

85. Le Comité examinera la question de la recevabilité des motifs invoqués dans le Mémoire en Demande (a), avant d'étudier, le cas échéant, le bien-fondé de ces motifs (b).

(a) *La Recevabilité*

86. Le point de départ du raisonnement de TE-GDF est que la République Togolaise avait initialement fondé sa Demande en Annulation sur un prétendu défaut de motifs du Tribunal dans sa décision au paragraphe 187 de la Sentence, où il a décidé de ne pas vérifier la matérialité de l'augmentation de 16% des tarifs de la Communauté

¹³ MeD, §§ 58-72.

¹⁴ MeD, § 92.

¹⁵ MeR, §§ 106-193.

Electrique du Bénin¹⁶. TE-GDF s'opposent à la tentative de la République Togolaise d'ajouter dans son Mémoire en Demande l'excès de pouvoir manifeste comme motif d'annulation. Par ailleurs, TE-GDF s'opposent à la reformulation dans le Mémoire en Demande par la République Togolaise de son argumentation concernant le défaut de motifs. La Convention CIRDI ne permettant pas aux parties de « *changer radicalement* » de position « *sans condition de délai* », TE-GDF considèrent que tous les motifs d'annulation invoqués par la République Togolaise dans le Mémoire en Demande sont dès lors irrecevables.

87. La position de la République Togolaise, présentée lors de l'audience, est que les arguments de TE-GDF sont sans fondement et sont expressément contredits par la doctrine ainsi que par les *travaux préparatoires* de la Convention CIRDI. A l'appui de cette position, la République Togolaise se réfère à l'ouvrage de Christopher Schreuer¹⁷, ainsi qu'aux décisions rendues *inter alia* dans les affaires *Klöckner*¹⁸, *Wena*¹⁹, et *AMCO*²⁰. Ainsi, la République Togolaise soutient que la demande d'irrecevabilité des nouveaux arguments, présentés par la République Togolaise au-delà des 120 jours, doit être rejetée²¹.
88. Le Comité note que l'article 50(1)(c) du Règlement d'arbitrage prévoit que doivent être mentionnés de façon détaillée (iii) les motifs d'annulation lors de la demande en annulation (*voir* paragraphes 71 – 72 ci-dessus). Dans sa version provisoire, le même

¹⁶ Togo Electricité avait invoqué cet argument devant le Tribunal à l'appui de sa position selon laquelle cette augmentation avait affecté l'équilibre économique de la Convention de Concession.

¹⁷ Ch. Schreuer, *THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY*, 2e édition, Cambridge University Press, 2009.

¹⁸ Décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *Klöckner Industrie Anlagen GmbH et autres c. La République du Cameroun (Klöckner II)*, du 17 mai 1990, ICSID Reports Vol 14, p. 111.

¹⁹ Décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *Wena Hotels Limited c. Egypte*, Affaire CIRDI N° ARB/97/3, du 28 janvier 2002.

²⁰ Décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *Amco c. Indonésie*, Affaire CIRDI N° ARB/81/1, du 16 mai 1986.

²¹ Tr. 21 avril 2011, pp. 14-16.

article du Règlement prévoyait que toute demande en annulation devait identifier les motifs d'annulation invoqués sous l'article 52(1) de la Convention CIRDI, « accompagnée d'une déclaration détaillée de ces motifs »²². Cette dernière phrase a toutefois été éliminée de la version finale du texte, sous entendant qu'il n'est pas nécessaire qu'une demande en annulation énumère de façon détaillée tous les arguments au soutien de la demande. Il reste donc possible de développer d'autres arguments par la suite (à la différence des motifs d'annulation, voir paragraphe 72 ci-dessus).

89. Pour sa part, la Convention CIRDI est muette sur le degré de détail requis dans la rédaction d'une demande en annulation. Elle n'exige pas que la demande invoque « l'un quelconque des motifs » énumérés à l'article 52(1). Ainsi, la Convention CIRDI n'empêche pas les parties de soulever de nouveaux arguments à l'appui de leur demande en annulation à un stade ultérieur de la procédure.
90. Pour conclure, le Comité considère que, dans la mesure où la République Togolaise a évoqué dans sa Demande en Annulation les motifs sur lesquels elle se fondait, elle pouvait élaborer de nouveaux arguments concernant ces griefs dans son Mémoire en Demande. Ces arguments sont donc recevables.

(b) *Le Bien-fondé des motifs invoqués*

91. Dans cette Section, le Comité examinera les arguments soulevés par la République Togolaise au soutien des motifs d'annulation invoqués, à savoir : (i) « l'état prétendument dégradé des installations concédées » ; (ii) « la non-obtention d'un prêt par la République Togolaise » ; et (iii) « une série d'autres raisons qui auraient entraîné un déséquilibre financier de la Concession »

²² 6 International Legal Materials 225 *et seq.* (1967), p. 281. En anglais: « together with a detailed statement of the reasons therefor ».

- (i) L'état prétendument dégradé des installations concédées.

92. La République Togolaise fait référence au paragraphe 185(A) de la Sentence, où le Tribunal a énoncé que :

« [Il] a fallu de tout évidence procéder à des remplacements immédiats et à de nombreux investissements importants qui n'avaient pas été prévus dans le budget soumis par Togo Electricité lors du deuxième appel d'offres [et que ceci] a sans aucun doute considérablement contribué au déséquilibre financier du Service Concédé. »

93. La République Togolaise considère que le raisonnement du Tribunal est entaché de nullité pour un défaut de motifs et pour un excès de pouvoir manifeste car *« aucun motif n'est fourni par le Tribunal pour justifier la nature et l'étendue de la prétendue dégradation ni le déséquilibre prétendument causé par cette dégradation, que ce soit par un lien de causalité, des précisions ou des chiffres »*²³.

94. TE-GDF ne partagent pas cette caractérisation. Quant au prétendu défaut de motifs, TE-GDF soutiennent *inter alia* que *« le Tribunal arbitral a suffisamment justifié l'état de dégradation en procédant à une comparaison entre le rapport PWC de 1998 [fourni par Togo Electricité] et le Rapport Mazars & Guérard [remis deux mois après la signature de la Convention de Concession] »*. Par ailleurs, TE-GDF allèguent que le Tribunal *« a de plus confirmé sa conviction par des témoignages concordants »*. Quant au prétendu excès de pouvoir manifeste, TE-GDF soulignent que ce motif *« n'est pas assimilable à un défaut de motifs »* et qu'il *« n'est pas davantage constitué »*²⁴.

²³ MeD, § 75.

²⁴ MeR, §§ 126-134.

95. Quant à l'argument de la République Togolaise selon lequel « *aucun motif n'est fourni par le Tribunal pour justifier la nature et l'étendue de la prétendue dégradation ni le déséquilibre prétendument causé par cette dégradation* », le Comité l'estime infondé. En effet, le Comité considère que le Tribunal a fourni des motifs pour sa décision au paragraphe 185(A). Le Tribunal s'est appuyé expressément sur « *le rapport PWC de 1998* » et « *le rapport de Mazars & Guérard [de] (novembre 2000)* », ainsi que sur « *de nombreux témoignages tout à fait crédibles et concordants lors des audiences du 11 – 14 mai 2009* » au soutien de sa conclusion qu'il existait « *un état de sérieuse dégradation* ».
96. En ce qui concerne l'argument de la République Togolaise selon lequel ces mêmes circonstances ont mené à un excès de pouvoir manifeste, le Comité considère que la décision du Tribunal découle de son pouvoir de « *statue[r] sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties* » en vertu de l'article 42(1) de la Convention CIRDI. Le Comité estime que le Tribunal n'a pas excédé ce pouvoir de manière manifeste car (i) il avait le droit de prendre une décision dans le cadre des pouvoirs octroyés par l'article 42(1) ; et (ii) la question de savoir, si le Tribunal a pris sa décision conformément aux règles de droit applicables ne ressort pas des moyens allégués par la République Togolaise (*voir* paragraphes 53 – 55 ci-dessus).
97. La République Togolaise critique également le paragraphe 185(B) de la Sentence, où le Tribunal a décidé que l'état dégradé des installations était en partie dû au fait que :

« [La République Togolaise] a fixé un délai extrêmement court pour la remise des dossiers techniques et financiers par les candidats, tout en sachant qu'il ne serait bien évidemment pas possible aux candidats de vérifier les informations de manière étendue et complète sur le terrain.

[L]es candidats devaient lors de la soumission des offres, tenir compte des circonstances particulières en question et donc prévoir certaines réserves dans leurs plans prévisionnels pour d'éventuels investissements supplémentaires et certaines dépenses inattendues. Il est vrai aussi que

le groupement Elyo/Hydro Québec auquel appartiennent TE-GDF, ayant répondu à l'appel d'offres antérieur, était, d'une manière générale, familier avec l'état des services d'électricité en Afrique et devait donc s'attendre à de nombreuses déficiences dans l'état des ouvrages togolais mis en concessions.

En l'occurrence, il semble toutefois peu probable que le groupement Elyo/Hydro Québec et TE-GDF se soient engagés dans ce projet d'investissement au Togo sans avoir sérieusement fait la vérification diligente qui s'imposait dans les circonstances, autant que possible à l'époque. Il s'agissait tout de même d'un investissement important comportant de nombreux risques, et qui ne pouvait donc pas être fait à la légère.

[L]a République Togolaise a manqué dans une certaine mesure à son devoir de diligence envers les candidats à l'appel d'offres et à son obligation d'information claire et complète. Ainsi, il a pris certains risques, qui par la suite se sont tournés contre lui. Autrement dit, [la République Togolaise] a dans une grande mesure contribué au déséquilibre financier du Service Concédé, qui n'a pas été rectifié par la suite. »

98. Selon la République Togolaise, il est « impossible » de suivre le raisonnement « souvent contradictoire » du Tribunal sur cette question, d'autant plus que les développements du Tribunal ne comportent pas de référence à la loi togolaise. La République Togolaise considère que ceci démontre un défaut de motifs et un excès de pouvoir manifeste, respectivement²⁵.
99. TE-GDF contestent les arguments de la République Togolaise. Elles maintiennent que le Tribunal « s'est simplement livré à une appréciation des situations respectives du Concédant et du Concessionnaire » et que, dès lors, la République Togolaise « ne peut feindre de confondre l'exposé nuancé des diverses circonstances en cause avec la contradiction de motifs ». En ce qui concerne la référence à la loi togolaise, TE-GDF soutiennent qu'il n'y a pas d'excès de pouvoir car cette question traite « d'une

pure appréciation de fait et non de droit » découlant de l'application de la Convention de Concession. En tout état de cause, TE-GDF soutiennent que la référence à la loi togolaise au paragraphe 138 de la Sentence montre que le Tribunal avait bien pris cette loi en compte dans son analyse²⁶.

100. Le Comité examinera tout d'abord l'argument de la République Togolaise selon lequel il est « *impossible* » de suivre le raisonnement « *souvent contradictoire* » du Tribunal.
101. La position de la République Togolaise se résume par la plaidoirie reproduite ci-après²⁷ :

«Je vous invite à lire, avec nous, le paragraphe 185(B). Que dit-il ? Il dit : “Une part importante de la responsabilité à cet égard incombe au Concédant qui a fixé un délai extrêmement court pour la remise des dossiers techniques et financiers par les candidats, tout en sachant qu'il ne serait bien évidemment pas possible aux candidats de vérifier les informations de manière étendue et complète sur le terrain”.

Passons sur le fait qu'il n'y a pas de référence, etc., et poursuivons : “Le Concédant avait clairement un devoir de diligence envers les candidats de l'appel d'offre”. Un devoir de diligence envers quels dispositifs de la loi ? On ne le sait pas.

“Les candidats ne pouvaient que se rapporter aux informations qui leur ont été soumises par le Concédant. Ceci est d'autant plus important que l'état des ouvrages s'était manifestement nettement détérioré [nettement ! encore une fois, on n'a aucune idée de l'étendue de cette détérioration] depuis la première phase de soumission en 1998, ce que le Concédant, par ailleurs, savait ou aurait dû savoir.”

Je n'attaque même pas les absences de références et d'analyses. Quand on dit que ce sont des motifs frivoles, que c'est du vent, c'est vraiment le

²⁵ MeD, §§ 77-84.

²⁶ MeR, §§ 135-151.

²⁷ Tr. 21 avril 2011 pp. 40-41.

cas de ce dispositif. Laissons cela de côté et passons au paragraphe suivant.

Le paragraphe que je viens de vous lire fait état d'une constatation du Tribunal arbitral visant à dire que le problème était imputable à la République togolaise. Pour autant, c'est en flagrante contradiction avec ses premières constatations puisqu'on trouve, au paragraphe suivant, page 53 : "En contrepartie, les candidats devaient lors de la soumission des offres, tenir compte des circonstances particulières en question et donc prévoir certaines réserves dans leurs plans prévisionnels pour d'éventuels investissements supplémentaires et certaines dépenses inattendues. Il est vrai aussi que le groupement Elyo-Hydro Québec auquel appartiennent les Demanderesses, ayant répondu à l'appel d'offres antérieur, était d'une manière générale, familier avec l'état des services d'électricité en Afrique et devait donc s'attendre à de nombreuses déficiences dans l'état des ouvrages togolais mis en concession".

Le Tribunal continue, toujours en contradiction avec la première constatation, et il dit : "En l'occurrence, il semble toutefois peu probable que le groupe Elyo-Hydro Québec et les Demanderesses se soient engagés dans ce projet d'investissement au Togo sans avoir sérieusement fait la vérification diligente qui s'imposait dans les circonstances autant que de possible à l'époque. Il s'agit tout de même d'un investissement important, comportant de nombreux risques, et qui ne devait donc pas être fait à la légère".

Puis, il y a une atténuation de ce qui a été dit. Immédiatement après, suit la conclusion : "En somme...". Que veut dire 'en somme' ? En somme de quoi ? "En somme, Togo a manqué, dans une certaine mesure, à son devoir de diligence envers les candidats à l'appel d'offres et à son obligation d'information claire et complète [...]". Donc abstraction des deux autres paragraphes où la responsabilité était partagée ou du moins imputée à Togo Electricité.

[...]

Entre ces premières constatations, les deux paragraphes qui suivent et la conclusion, il y a vraiment une contradiction de motif et une impossibilité à comprendre, à suivre le raisonnement du Tribunal. »

102. Le Comité estime que la République Togolaise lit dans les développements du Tribunal des conclusions qui n'y figurent pas. En effet, contrairement aux arguments de la République Togolaise, le Tribunal n'a jamais soutenu que « *la responsabilité était partagée ou du moins imputée à Togo Electricité* ». Par conséquent, le Comité considère que le Tribunal a expliqué les raisons pour lesquelles il est parvenu à la décision que la République Togolaise « *a dans une grande mesure contribué au déséquilibre financier* » et que ces raisons ne contiennent pas de motifs contradictoires.
103. En ce qui concerne l'argument de la République Togolaise selon lequel les développements du Tribunal ne comportent pas de référence à la loi togolaise, démontrant ainsi un excès de pouvoir manifeste, le Comité rappelle que l'omission du Tribunal d'appliquer les règles de droit applicables ne peut constituer un excès de pouvoir manifeste que s'il applique *expressis verbis* des règles différentes que celles adoptées par les Parties au sens de l'article 42(1) de la Convention CIRDI (*voir* paragraphe 57 ci-dessus).
104. Le Comité se réfère au paragraphe 138 de la Sentence, où le Tribunal a précisé que les relations entre les Parties étaient régies par :

- « - *les stipulations de la Convention de Concession et ses annexes ;*
- *le droit du Togo, y compris, entre autre, la loi togolaise no. 2000-12 relative au secteur d'électricité (pièce D4) ainsi que l'acte uniforme relatif aux droits des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1998 et adopté conformément au Traité relatif à l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) ;*
 - *les accords internationaux conclus par le Togo ; et*
 - *le droit international, en particulier les principes du droit international sur la protection des investissements. Ceci est confirmé par la jurisprudence du CIRDI qui reconnaît que lorsqu'un système juridique interne contient une lacune ou quand*

le droit international est violé par la seule application du droit interne, le tribunal est tenu, en application de l'article 42 de la Convention de Washington, de faire directement application des règles et des principes pertinents du droit international. »

105. Au vu de ce paragraphe, le Comité ne peut qu'en déduire *prima facie* que le Tribunal, en se prononçant sur les questions évoquées au paragraphe 185(B) de la Sentence, a appliqué les règles de droit adoptées par les Parties au sens de l'article 42(1) de la Convention CIRDI. Si des références à la loi togolaise n'ont pas été énumérées au paragraphe 185(B), ce n'est pas pour autant que l'analyse du Tribunal n'a pas tenu compte de cette loi. Par conséquent, le Comité décide de rejeter les arguments de la République Togolaise sur ce point.
106. Enfin, la République Togolaise prétend que le Tribunal n'a pas tenu compte des paragraphes 52 à 72 du Contre-Mémoire du 31 octobre 2008, où la République Togolaise avait détaillé l'historique de la Convention de Concession, mentionnant, par exemple, que les candidats présélectionnés pour la première phase de l'appel d'offre « *avaient la possibilité d'examiner le dossier, d'interroger le concédant sur les éléments nécessitant un approfondissement, de se déplacer sur le site de la CEET afin d'obtenir toutes les informations jugées pertinentes et, enfin, de fournir une offre révisée* » ; et qu'ils ont pu soumettre à la République Togolaise « *toutes leurs interrogations et obtenir de sa part les réponses les plus explicites* »²⁸.
107. La République Togolaise allègue que la Sentence est donc entachée de nullité pour un défaut de motifs en ce qu'elle « *ignore les moyens de défense soulevés par la République Togolaise* ». La République Togolaise est d'avis que le Tribunal a ainsi

²⁸ MeD, §§ 86-89.

manqué à ses obligations de motiver sa décision, d'appliquer la Convention de Concession et de ne pas violer le principe du contradictoire²⁹.

108. TE-GDF considère que la République Togolaise a été « *réduite à utiliser divers subterfuges* » afin de soutenir que le Tribunal n'a pas pris en compte ses soumissions dans la rédaction de la Sentence. Selon TE-GDF, la République Togolaise a sorti les développements du Tribunal de leur contexte et « *les motifs d'annulation sont donc radicalement infondés faute d'être caractérisés en fait* »³⁰.
109. Le Comité rappelle que le fait pour un tribunal de ne pas répondre à tous les chefs de conclusions qui lui sont soumises serait constitutif d'un excès de pouvoirs manifeste, et non d'un défaut de motifs. En tout état de cause, cette omission ne peut constituer un motif d'annulation que dans l'hypothèse où il s'agit d'un argument crucial ou décisif pour la décision du Tribunal (*voir* paragraphes 57 et 63 ci-dessus).
110. Selon la République Togolaise, la décision du Tribunal concernant la résiliation de la Convention de Concession est basée sur trois raisons principales, notamment : « *l'état prétendument dégradé des installations concédées* » ; « *la non-obtention d'un prêt par la République Togolaise* » ; et « *une série d'autres raisons qui auraient entraîné un déséquilibre financier de la Concession* » (*voir* paragraphe 82 ci-dessus). Or, les moyens allégués par la République Togolaise abordent uniquement la première de ces trois catégories. Dès lors, les arguments de la République Togolaise ne pouvaient être cruciaux ou décisifs. En effet, le Tribunal était libre de considérer que la résiliation était valable au vu de la non-obtention du prêt IDA ou, employant l'expression de la République Togolaise, du « *pot pourri* » d'autres raisons exposées par le Tribunal.

²⁹ MeD, §§ 85-90.

³⁰ MeR, §§ 152-155.

111. Au vu de ce qui précède, le Comité considère que les développements analysés ci-dessus ne sont pas entachés de nullité pour un motif d'annulation quelconque. Par conséquent, le Comité rejette l'argumentation tendant à annuler la Sentence au regard de la dégradation des installations du service concédé.

(ii) La non-obtention d'un prêt par la République Togolaise.

112. La République Togolaise se réfère au paragraphe 185(C) de la Sentence, qui énonce que la non-obtention du prêt IDA « *crée une nouvelle situation qui doit être prise en considération dans l'appréciation de l'obligation prévue à l'article 31 de la Convention de Concession qui met à la charge du Concessionnaire l'obligation de financer les plans d'investissements* »³¹.

113. La République Togolaise allègue que la Sentence est entachée de nullité pour défaut de motifs et pour excès de pouvoir manifeste car « *aucun élément n'est avancé par le Tribunal pour justifier l'incidence de la non-obtention du prêt dans le prétendu déséquilibre qui serait à l'origine de la résiliation par [TE-GDF] de la Convention de Concession en vertu de son article 57* »³².

114. La République Togolaise a développé ce point davantage pendant sa plaidoirie³³ :

« Premier problème avec cela : comme avec la dégradation des biens, il y a un défaut de motif. Pourquoi ? Parce que le Tribunal n'a avancé vraiment aucun argument, aucune justification pour démontrer l'incidence de la non-obtention du prêt sur le déséquilibre censé être à l'origine de la résiliation de la Convention. Il a simplement énoncé, toujours au paragraphe 185, page 54, de la sentence : "Le fait que l'IDA n'a finalement pas accordé le prêt à la République togolaise crée une nouvelle situation qui doit être prise en considération dans

³¹ MeD, § 96.

³² MeD, § 96.

³³ Tr. 21 avril 2011 p. 45.

l'appréciation de l'obligation prévue à l'article 31 de la Convention de Concession, qui met à la charge du concessionnaire l'obligation de financer les plans d'investissement”.

Quant à l'étendue du déséquilibre qui aurait été par la non-obtention du prêt IDA, il n'est pas débattu ni même évoqué. On ne trouve aucune précision ni aucune référence quant aux sources et aux conditions de financements alternatifs obtenus pour établir un prétendu déséquilibre. Le Tribunal arbitral n'énonce aucun élément pour justifier sa constatation, ce qui constitue un défaut de motif. Nous sommes vraiment dans le cadre de motivations frivoles. »

115. En réponse, TE-GDF citent le passage du paragraphe 185(C) reproduit ci-après au soutien de leur position selon laquelle le Tribunal a motivé sa décision :

« [L]es appels d'offres pour la mise en concession du service public de distribution et de vente de l'énergie électrique au Togo étaient précédés par l'annonce par la Banque mondiale (IDA) en décembre 1998 de la disponibilité de quatre prêts pour le secteur électrique du Togo et du Bénin et par l'introduction en novembre 1999 du Fifth Energy Project, programme sectoriel d'investissement financé par l'IDA [...] étant donné que la Concession reposait sur la perspective du prêt IDA, le fait que l'IDA n'a finalement pas accordé le prêt à la République Togolaise, crée une nouvelle situation qui doit être prise en considération dans l'appréciation de l'obligation prévue à l'article 31 de la Convention de Concession qui met à la charge du Concessionnaire l'obligation de financer les plans d'investissement. »

116. TE-GDF estiment que le Tribunal « n'aurait pas indiqué quelle avait été l'incidence financière précise de l'absence de prêt l'IDA. Il paraît évident que celle-ci est à la mesure du montant de la partie du prêt à rétrocéder, le Tribunal indique : “30 millions USD” ». Pour ce qui est l'argument de la République Togolaise concernant

un excès de pouvoir, TE-GDF considèrent qu'elle « *n'a pas caractérisé en quoi ses critiques pourraient s'analyser* » ainsi³⁴.

117. En ce qui concerne l'argument de la République Togolaise selon lequel la Sentence est entachée de nullité pour défaut de motifs puisque le Tribunal n'a fourni « *aucun élément* » au soutien de sa conclusion au paragraphe 185(C), le Comité l'estime infondé. En effet, le Tribunal a expliqué que la non-obtention du prêt IDA avait contribué au déséquilibre financier au vu du fait (i) que le prêt IDA était explicitement mentionné à l'article 31.11 de la Convention de Concession ; (ii) que les Parties estimaient que le prêt serait accordé à la République Togolaise, et que 30 millions USD de ce prêt seraient rétrocédés à Togo Electricité ; et (iii) faute d'avoir obtenu ce prêt, la République Togolaise était contractuellement obligée de combler ce vide financier et de prendre les mesures nécessaires pour maintenir l'équilibre en question, ce qu'elle n'a pas fait.
118. Pour autant que la République Togolaise ait voulu que le Tribunal explique plus en détail « *l'incidence* » de la non-obtention du prêt et « *l'étendue* » du déséquilibre financier, le Comité rappelle que son rôle est de vérifier s'il est possible de suivre le raisonnement du Tribunal dans sa totalité, et non de déterminer si la motivation du Tribunal est « adéquate » ou « suffisante ». Au vu de l'analyse retenue au paragraphe précédent, le Comité estime qu'il est en fait possible de suivre le raisonnement du Tribunal dans sa totalité.
119. Quant à l'argument de la République Togolaise selon lequel ces mêmes circonstances ont mené à un excès de pouvoir manifeste, le Comité considère que la décision du Tribunal découle de son pouvoir de « *statue[r] sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties* » en vertu de l'article

³⁴ MeR, §§ 164-168.

42(1) de la Convention CIRDI. Le Comité estime que le Tribunal n'a pas excédé ce pouvoir de manière manifeste car (i) il avait le droit de prendre une décision dans le cadre des pouvoirs octroyés par l'article 42(1) ; et (ii) la question de savoir si le Tribunal a pris sa décision conformément aux règles de droit applicables ne ressort pas des moyens allégués par la République Togolaise.

120. Par ailleurs, la République Togolaise se réfère au paragraphe 185(C) de la Sentence, notamment aux passages reproduits ci-après, pour soutenir que la Sentence est entachée de nullité pour défaut de motifs car « *le lecteur ne peut suivre le raisonnement du Tribunal, lequel est également vicié par des contradictions* »³⁵ :

« Si l'on s'est référé au prêt IDA sans réserve quelconque dans la Convention de Concession (art. 31.11), c'est qu'il devait y avoir une raison pour cela. De toute évidence, les parties estimaient que le prêt serait accordé au Concédant et que, par conséquent, celui-ci devait s'investir pour l'obtenir.

[...]

Juridiquement, la République Togolaise n'avait pas garanti l'obtention du prêt IDA, et par conséquent n'était requise ni de se substituer au Concessionnaire ni de construire l'interconnexion Nord Togo-Nord Bénin. Toutefois, le Concédant était, en vertu de l'article 28.5.1 de la Convention, obligé de prendre les mesures nécessaires pour maintenir l'équilibre financier du Service Concédé, ce qui n'a pas été le cas. »

121. Selon la République Togolaise, ces paragraphes sont contradictoires parce que³⁶ :

« Comment peut-on dire : “Vous n'avez pas à garantir le prêt, mais les conséquences vous sont imputables” ? »

³⁵ MeD, §§ 97-98.

³⁶ Tr. 21 avril 2011 p. 46.

122. Selon TE-GDF, « *le grief ne repose sur aucune contradiction : une chose est de garantir un prêt, autre chose est de maintenir l'équilibre économique et financier de la Convention* ». De ce fait, TE-GDF considèrent qu' « *il n'y a donc de contradiction que pour les besoins de l'argumentation* » de la République Togolaise³⁷.
123. Le Comité ne trouve pas de contradiction dans ce texte. Comme il est indiqué au paragraphe 117 ci-dessus, le Comité considère que le raisonnement du Tribunal a été que la République Togolaise, faute d'avoir obtenu ce prêt, était contractuellement obligée de combler ce vide financier et de prendre les mesures nécessaires pour maintenir l'équilibre en question. Par conséquent, le Comité considère que la Sentence n'est pas entachée de nullité pour un défaut de motifs à cet égard.
124. En outre, la République Togolaise avance l'argument que la Sentence est entachée de nullité pour excès de pouvoir manifeste et pour défaut de motifs puisque le Tribunal « *ignore totalement la défense et les preuves de la République Togolaise sur ce point, ainsi que les dispositions contractuelles* »³⁸. Plus précisément, la République Togolaise indique qu'elle avait fourni de nombreux éléments de preuve qui démontraient que l'obtention du prêt IDA n'avait jamais constitué une promesse mais plutôt une éventualité. En particulier, la République Togolaise invoque les Pièces R1 (le dossier d'appel d'offre révisé) et R22 (la Circulaire n°5 du Président de la Commission de privatisation de 28 avril 2000 à Elyo et HQI).
125. La République Togolaise invoque la Pièce R1 afin de soutenir sa position, formulée au paragraphe 44 de sa Réplique, selon laquelle les Annexes A et B du dossier d'appel d'offres révisé stipulaient à plusieurs reprises que Togo Electricité, en tant que concessionnaire, était la seule responsable des investissements effectués dans le

³⁷ MeR, §§ 176-177.

³⁸ MeD, §§ 99-105.

cadre du Service concédé, et que TE-GDF ne pouvaient valablement soutenir que la non-obtention du prêt IDA constituait une faute contractuelle³⁹.

126. Concernant la Pièce R22, la République Togolaise estime que ce document montre que TE-GDF avaient interrogé la République Togolaise à propos du prêt et sur l'article 31.11 de la Convention de Concession et avaient été averties par la République Togolaise que le prêt n'était qu'une éventualité et que la responsabilité du financement reposait sur TE-GDF. La République Togolaise constate que malgré cela, la Sentence ne fait pas mention de cette pièce, et que le Tribunal a donc « *grossièrement conclu* » que le prêt serait accordé aux TE-GDF⁴⁰.
127. En réponse, TE-GDF notent que le Tribunal rappelle l'article 31.11 de la Convention de Concession au paragraphe 185(C) de la Sentence⁴¹, avant d'ajouter que :

« Si l'on s'est référé au prêt IDA sans réserve quelconque dans la Convention de Concession (art. 31.11), c'est qu'il devait y avoir une raison pour cela. De toute évidence, les parties estimaient que le prêt serait accordé au Concédant et que, par conséquent, celui-ci devait s'investir pour l'obtenir. »

128. TE-GDF soutiennent que dans ce développement, le Tribunal « *a souligné que la République du Togo était juridiquement engagée par une série de stipulations à maintenir l'équilibre économique de la Concession* », de sorte que « *implicitement mais nécessairement il a rejeté l'argumentation de la République du Togo selon*

³⁹ MeD, §§ 100-101.

⁴⁰ MeD, §§ 102-105.

⁴¹ L'article 31.11 prévoit : « *Le Gouvernement de la République Togolaise a sollicité un crédit de l'Association Internationale de Développement (IDA), en différentes monnaies pour financer le coût du Projet de Renforcement et d'Extension du Réseau ELECTRIQUE. Il est prévu qu'une partie des sommes accordées au titre de ce crédit soit rétrocédé au Concessionnaire pour le financement des investissements de renforcement et d'extension de réseaux décrits à l'article 2 de l'Annexe 31.4 de la présente Convention de Concession. Les conditions de rétrocession seront définies par une convention séparée, à signer entre la République Togolaise et le Concessionnaire.* »

laquelle la non-obtention du prêt IDA n'aurait pu être invoquée comme cause de déséquilibre »⁴².

129. Le Comité commencera par l'examen du grief du défaut de motifs, fondé sur la prétendue omission du Tribunal de prendre en considération certains moyens de défense soulevés par la République Togolaise. Le Comité rappelle que cette question traite en réalité d'un excès de pouvoir manifeste (*voir* paragraphes 57 et 63 ci-dessus). En tout état de cause, le Comité partage le point de vue de TE-GDF selon lequel les développements en question ne peuvent donner lieu à l'annulation car les moyens de défense en cause ne se sont pas révélés cruciaux ou décisifs dans la décision du Tribunal. En effet, les moyens allégués par la République Togolaise abordent uniquement la question de « *la non-obtention d'un prêt par la République Togolaise* », tandis que le Tribunal a pu déterminer que la résiliation était valable sur la base des deux autres catégories de raisons identifiées par la République Togolaise (*voir* paragraphe 82 ci-dessus).

130. Pour l'ensemble des raisons précisées ci-dessus, le Comité considère qu'aucun des motifs d'annulation invoqué n'est établi au regard de la non-obtention d'un prêt par la République Togolaise.

(iii) Une série d'autres raisons qui auraient entraîné un déséquilibre financier de la Concession.

131. Se référant aux paragraphes 185 (D) et (E) de la Sentence, la République Togolaise prétend que le Tribunal a énuméré « *un mini "pot pourri" de raisons* » pour justifier la résiliation de la Convention de Concession qui sont entachées de nullité pour les motifs d'annulation visés aux articles 52(1)(b), (d) et (e) de la Convention CIRDI.

132. Les paragraphes 185 (D) et (E) de la Sentence sont reproduits ci-après :

⁴² MeR, §§ 169-175.

« D. L'article 28.1 de la Convention stipule que l'exploitation du Service Concédé par le Concessionnaire et la fixation du niveau des tarifs de vente de l'énergie électrique aux consommateurs doivent "garantir l'équilibre financier du secteur d'électricité et du Service Concédé, y compris la couverture des charges financières du secteur de l'électricité qui relèvent du Concédant". Ceci signifie que la responsabilité de maintenir l'équilibre financier et l'autofinancement du Service Concédé repose sur le Concédant. L'obligation de garantir l'équilibre financier de la Concession par une tarification appropriée est une obligation qui découle du fait que le Concédant fixe les prix de vente aux consommateurs et que le Concessionnaire s'engage à s'approvisionner exclusivement auprès de la CEB qui appartient à 50% au Concédant.

Il est donc évident que le Concédant a manqué à cette obligation de maintenir l'équilibre financier du Secteur Concédé. En plus, il n'a accordé que des ajustements partiels du tarif aux consommateurs suite aux multiples augmentations imposées par la CEB, ainsi qu'à la hausse des prix des produits pétroliers. En outre, il a négligé d'assurer le paiement des montants considérables de consommation d'électricité de l'Etat et des entités publiques. Il est intervenu régulièrement en faveur de tiers (tels la RNET, l'Hôtel du 2 février et divers membres du gouvernement), empêchant ainsi le paiement des consommations d'électricité facturées par le Concessionnaire. Ainsi, au jour de la résiliation de la Convention de Concession par le Concessionnaire, les arriérés du secteur public étaient de l'ordre de 3 milliards de francs CFA.

Par conséquent, la trésorerie de Togo Electricité s'est retrouvée en déficit permanent avec un effet cumulatif au fil des années. Incontestablement, l'équilibre économique de la Convention de Concession a été ainsi affecté de manière substantielle.

E. En outre, la Convention de Concession, dans le but d'assurer la continuité d'une tarification appropriée, garantit l'équilibre financier des prestations durant la vie de la Concession, en accordant au Concessionnaire un taux de rentabilité (art. 28.3 et 28.5.1(iii)). Le taux de rentabilité pour la première période quinquennale avait été fixée à 18.5% (art. 28.5.1(iii)). Vu le dysfonctionnement de la Convention, manifestement il n'a pas été possible de réaliser le taux de rentabilité prévu dans la première période quinquennale. »

133. Tout d’abord, la République Togolaise se réfère aux termes « *donc* » et « *en plus* » au paragraphe 185(D) de la Sentence – qui « *indiquent que la justification de la conclusion ne suit pas mais précède* » – à l’appui de son argument que les développements du Tribunal sont entachés de nullité pour défaut de motifs et pour excès de pouvoir manifeste puisque « *l’on ne comprend pas comment le Tribunal est parvenu* » à ses conclusions au vu de la grammaire et du langage utilisés⁴³.
134. TE-GDF réfutent cette position, soutenant que « *le raisonnement du Tribunal arbitral est pleinement cohérent* », surtout que le Tribunal avait « *déjà constaté le déséquilibre du service concédé* » avant de conclure que l’équilibre économique de la Convention de Concession « *a été ainsi affecté de manière substantielle* »⁴⁴.
135. Quant à la critique de la République Togolaise concernant l’emploi des termes « *donc* » et « *en plus* » par le Tribunal, le Comité l’estime infondée. Ayant examiné la Sentence dans son ensemble, le Comité constate que la motivation du Tribunal à l’égard de l’obligation de maintenir l’équilibre financier (« *Il est donc évident que [la République Togolaise] a manqué à cette obligation* ») se trouve au paragraphe 185(B) (voir paragraphes 97 – 102 ci-dessus). Les développements du Tribunal qui suivent le terme « *en plus* » renforcent cette conclusion.
136. En ce qui concerne l’argument de la République Togolaise selon lequel ces mêmes circonstances ont mené à un excès de pouvoir manifeste, le pouvoir du Tribunal de prendre cette décision découle de son pouvoir de « *statue[r] sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties* » en vertu de l’article 42(1) de la Convention CIRDI. Le Comité estime que le Tribunal n’a pas excédé ce pouvoir de manière manifeste car (i) le Tribunal avait le droit de prendre une telle décision ; et (ii) la question de savoir, si le Tribunal a pris sa décision conformément

⁴³ MeD, §§ 108-110.

⁴⁴ MeR, §§ 179-183.

aux règles de droit applicables ne ressort pas des moyens allégués par la République Togolaise.

137. Par ailleurs, la République Togolaise critique le Tribunal pour défaut de motifs dans la mesure où il serait arrivé à ses conclusions concernant l'obligation de la République Togolaise de maintenir l'équilibre financier du secteur concédé sans (i) se référer à l'article 28.1 de la Convention de Concession, définissant l'équilibre financier ; (ii) s'appuyer sur « *le moindre témoignage* » ; et (iii) se référer à une pièce ou un rapport d'expert pour affirmer que « *vu le dysfonctionnement de la Convention, manifestement il n'a pas été possible de réaliser le taux de rentabilité prévu dans la première période quinquennale* »⁴⁵.
138. La République Togolaise critique la décision du Tribunal de se fonder sur la prétendue négligence de la République Togolaise « *pour assurer le paiement des montants considérables de consommation d'électricité de l'Etat et des entités publiques* » afin de reconnaître la validité de la résiliation de la Convention de Concession sur le fondement de son article 57. Selon la République Togolaise, elle a présenté « *une argumentation exhaustive fondée sur l'intérêt général et la notion de service public* » qui n'a pas été prise en compte par le Tribunal⁴⁶.
139. TE-GDF réfutent tous les arguments de la République Togolaise. Elles considèrent que le Tribunal « *a rappelé les faits pertinents puis les causes de déséquilibre justifiant l'application de l'article 57 et enfin l'imputabilité à la République du Togo du déséquilibre de la Concession* ». Par ailleurs, TE-GDF rejettent la critique de la République Togolaise selon laquelle le Tribunal n'aurait pas tenu compte de ses écritures sur les points évoqués par la République Togolaise, et aurait de ce fait déclaré qu'elle avait manqué à ses obligations sans justification. TE-GDF

⁴⁵ MeD, §§ 111-112, 121

⁴⁶ MeD, §§ 118-119.

considèrent qu'il « *est manifeste que le Tribunal arbitral a invoqué les dispositions pertinentes de la Convention afin d'arriver à ses conclusions, y compris son article 28* »⁴⁷.

140. Pour autant que la République Togolaise ait voulu que le Tribunal motive davantage sa décision, il n'appartient pas au Comité de juger de la qualité de la motivation du Tribunal. Conformément à l'approche décrite aux paragraphes 61 – 63 ci-dessus, le Comité se doit d'examiner si le Tribunal a expliqué les raisons pour lesquelles il est parvenu à sa décision. Le Comité estime en effet que les paragraphes 185(D) et (E) de la Sentence contiennent ces raisons (*voir* paragraphe 132 ci-dessus). Dès lors, le Comité considère que la Sentence, en son état, n'est pas entachée de nullité pour défaut de motifs.
141. Pour les raisons exposées ci-dessus, le Comité rejette l'argumentation que les paragraphes 185 (D) et (E) de la Sentence seraient atteints d'« *autres manquements entraînant un déséquilibre économique* » et en conclut qu'aucun des motifs d'annulation invoqué n'est établi à cet égard.

3. La Conclusion

142. Il découle de ce qui précède que le Comité rejette la demande en annulation de la Sentence sur la base des arguments soulevés par la République Togolaise concernant le bien-fondé de la résiliation de la Convention de Concession sur le fondement de son article 57.

B. Motifs relatifs à la nomination d'un expert

143. La République Togolaise allègue que les condamnations à verser des indemnités contractuelles à Togo Electricité doivent être annulées en raison de l'existence d'une

⁴⁷ MeR, §§ 185-191.

expertise obligatoire prévue à l'article 53.6 de la Convention de Concession, ainsi que d'une expertise indépendante sollicitée par la République Togolaise. Le Comité abordera maintenant ces questions dans la Section ci-dessous.

1. La Position respective des Parties

144. Selon la République Togolaise, les conclusions du Tribunal concernant les indemnités à verser à Togo Electricité sont entachées de nullité pour les motifs décrits au paragraphe 77 ci-dessus car le Tribunal a procédé à des décisions sans avoir fait appel (i) à l'expertise obligatoire en vertu de l'article 53.6 de la Convention de Concession ; et (ii) à l'expertise indépendante demandée par la République Togolaise.
145. TE-GDF sont d'avis que les motifs d'annulation invoqués par la République Togolaise dans le Mémoire en Demande sont irrecevables puisqu'ils sont différents de ceux invoqués dans la Demande en Annulation. Subsidiairement, TE-GDF considèrent que ces arguments ne sont pas fondés.

2. L'Analyse du Comité

146. Le Comité abordera la question de la recevabilité des motifs d'annulation présentés sous cette rubrique (a), avant d'examiner, le cas échéant, leur bien-fondé (b).

(a) *La Recevabilité*

147. TE-GDF soulèvent des objections aux motifs d'annulation invoqués par la République Togolaise pour plusieurs raisons. Concernant le grief tiré d'un défaut de motifs, TE-GDF prétendent qu'il a été invoqué pour la première fois dans le Mémoire en Demande.
148. Quant au motif tiré de l'excès de pouvoir, TE-GDF soutiennent que même si le motif est théoriquement recevable, les arguments avancés par la République Togolaise tentent de présenter des preuves et arguments qui n'ont pas été exposés au préalable

au Tribunal. Selon TE-GDF, la République Togolaise « *n'a pas demandé d'expertise au Tribunal arbitral pour le calcul des indemnités prévues à l'article 57 de la Convention de Concession* » mais plutôt « *commettre tel expert qu'il plaira au Tribunal* » afin de justifier le fait qu'elle n'avait pas elle-même désigné un expert togolais, ce qui rend ce motif irrecevable conformément à la jurisprudence du CIRDI⁴⁸.

149. La position de la République Togolaise est exposée au paragraphe 87 ci-dessus.
150. Pour les raisons exposées aux paragraphes 88 – 90 ci-dessus, le Comité considère que les arguments développés par la République Togolaise après la Demande en Annulation concernant le défaut de motifs et l'excès de pouvoir sont recevables.

(b) *Sur le fond*

151. Selon la République Togolaise, la Sentence est entachée de nullité pour les griefs visés aux articles 52(1)(b) et (e) de la Convention CIRDI parce qu'elle a condamné la République Togolaise à une indemnité au titre des Biens du Service Concédés non amortis et des Biens Propres du Concessionnaire sur la base des éléments d'évaluation fournis par Togo Electricité et contestés par la République Togolaise, au lieu d'avoir fait appel à un expert indépendant en vertu des articles 5.6 et 53.6 de la Convention de Concession, qui prévoient qu'une indemnité pour de tels biens doit être fixée « *à l'amiable ou à titre d'expert* ». La République Togolaise est d'avis que le Tribunal, en refusant d'appliquer la clause d'expertise et en fixant lui-même l'indemnité due à Togo Electricité, « *s'est arrogé une compétence qu'il n'avait pas* ». Par ailleurs, la République Togolaise estime que le Tribunal « *a fait l'impasse sur la question de l'expertise* » sans s'expliquer⁴⁹.

⁴⁸ MeR, §§ 248-256.

⁴⁹ MeD, §§ 172-184.

152. La République Togolaise soutient également qu'elle a demandé dès son Contre-Mémoire du 31 octobre 2008 – demande qui a été réitérée dans sa Réplique du 11 mars 2009 et durant la seconde audience au mois de juin 2009 – de nommer un expert indépendant en vertu de l'article 34.1 du Règlement d'arbitrage pour l'évaluation des dommages dans cette affaire, ce qui « *est une alternative légitime et habituelle en arbitrage international* » à la nomination d'un expert par chaque partie. La République Togolaise prétend que le Tribunal ne s'est jamais prononcé sur cette demande avant de rendre sa Sentence, bien que TE-GDF ne s'y soient pas opposées. La République Togolaise soutient que sa demande de nomination d'expert a été abordée pour la première fois dans la Sentence, où le Tribunal l'a qualifiée de « *tardive* » car elle avait été formulée « *quatre ans après les faits* », et dans laquelle le Tribunal a de plus tranché uniquement sur la base des rapports d'expert fournis par Togo Electricité⁵⁰.
153. La République Togolaise considère que le Tribunal, en procédant ainsi, a commis un excès de pouvoir manifeste. Par ailleurs, la République Togolaise considère que la qualification du Tribunal de la demande comme « *tardive* » constitue « *un défaut de motifs et une erreur manifeste et, par conséquent, un excès de pouvoir manifeste* » puisque (i) il s'agit non pas d'une demande mais de plusieurs demandes formulées au cours des années ; (ii) on ne peut suivre le raisonnement du Tribunal que la demande a été formulée « *quatre ans après les faits* » car ni les dates, ni les faits auxquels le Tribunal fait référence sont clairs, et ; (iii) de toute façon, le Tribunal n'explique pas pourquoi quatre ans constituent un retard matériel⁵¹.
154. TE-GDF réitèrent avant tout leur position selon laquelle la Défenderesse en réalité n'a jamais introduit une demande d'expertise, et constatent que le Tribunal avait le

⁵⁰ MeD, §§ 192-208.

⁵¹ MeD, §§ 209-214.

devoir « *de ne pas s'attarder sur l'allusion faite par la République du Togo à l'expertise de l'article 53.6 au cours de la plaidoirie finale* ». En tout état de cause, TE-GDF contestent l'affirmation de l'Etat du Togo que les indemnités de l'article 57 doivent obligatoirement faire l'objet d'une expertise conformément à l'article 53.6 en cas de différend et considèrent que les motifs articulés par la République Togolaise « *sont tous fondés sur une lecture abusive de l'article 57* ». TE-GDF précisent que « *l'article 57 renvoie à l'article 53, et non 53.6 précisément* », et que l'interprétation du Tribunal est, par conséquent, la plus raisonnable : que le recours à un expert indépendant se conçoit en cours de concession et pour un désaccord limité. A cet égard, TE-GDF notent que, même à supposer l'article 53.6 applicable, le République Togolaise n'a jamais fait état d'un désaccord sur le chiffrage des indemnités⁵².

155. Pour conclure, TE-GDF ajoutent que la République Togolaise est mal fondée à soutenir que le Tribunal se serait fondé exclusivement sur des pièces émanant de Togo Electricité alors que le Tribunal a énuméré les pièces qui lui ont permis de chiffrer les indemnités, comprenant un rapport soumis par la République Togolaise, ainsi que les comptes de Togo Electricité, établis par un commissaire aux comptes dont l'indépendance n'est pas contestée⁵³.
156. Le Comité rappelle l'échange qui a eu lieu sur ce sujet entre le Comité et TE-GDF lors de l'audience⁵⁴ :

« M. le Président. – À ce sujet, pourrais-je vous inviter à prendre la sentence, page 33 ? Vous trouvez les paragraphes 127 jusqu'à 130. Cela concerne la compétence matérielle du Tribunal. Vous voyez ?

[...]

⁵² MeR, §§ 262-268.

⁵³ MeR, § 265.

⁵⁴ Tr. 22 avril 2011 pp. 12-14.

Ici, vous voyez que le Tribunal arbitral exprime son opinion et décide sur sa compétence.

[...] Au point 127, cela commence avec la compétence ratione materiae et le Tribunal réfère à l'article 53 dans sa totalité, sans exception ; puis, aux articles 53.1 et 53.3.

Au point 128, le Tribunal dit : “Conformément à l'article 26 de la Convention CIRDI, le consentement des Parties à l'arbitrage dans le cadre de Convention du CIRDI est, sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours. Aucune stipulation contraire n'est contenue dans la présente Convention de Concession.”

Au point 129, le Tribunal dit : “Par conséquent, le Tribunal a compétence pour décider définitivement sur toutes les questions ainsi que tous les différends entre les Parties concernant la Convention de Concession du 5 septembre 2000, y compris son exécution et son interprétation. En outre, seul le Tribunal est compétent pour statuer sur ces questions et différends”.

Quelle conclusion en tirez-vous ?

M. le Pr. I. Fadlallah. - *Je m'attendais à une question plus précise. Très simplement, je crois que le Tribunal explique ici pourquoi, lorsqu'il a parlé de l'expertise au paragraphe 201 évoqué hier, il a dit “le Tribunal”. Pour moi, il est clair, d'après ce texte, que le Tribunal conforte le fait qu'il ait renvoyé à la conciliation à l'arbitrage de l'article 53 et conforte le fait qu'il n'y a pas une expertise qui échapperait à sa compétence. C'est ainsi que je comprends ce passage dans le cadre de la question que vous posez.*

Sir F. Berman. - *Pour poser la question de façon plus précise, on a longuement discuté, hier, des décisions explicites et des décisions implicites. Ici, on fait mention, au point 127 de l'article 53.1 et de l'article 53.3 de la Convention de Concession. Tout cet ensemble, selon vous, est-il aussi bien une décision implicite sur l'article 53.6 ? C'est une autre façon de poser la question du Président.*

M. le Pr. I. Fadlallah. - *Merci, Sir Berman, je le crois réellement. Quand vous prenez une décision plutôt qu'une autre, cela veut dire que vous excluez l'autre. C'est ce qui se passe ici et plusieurs éléments nous le montrent : il y a ce passage sur la compétence, il y a les deux autres passages dont nous avons discuté hier qui tous montrent que le Tribunal*

arbitral n'a pas entendu appliquer le processus de l'article 53.6 à la question de l'évaluation dans cette affaire.

C'est un autre cas de réponse implicite.

[...] M. le Président. - Pour compléter cette question, y a-t-il eu de la part de la République togolaise, pendant la procédure arbitrale, une objection contre la compétence du Tribunal arbitral au sens de l'article 41 du CIRDI et du règlement CIRDI ?

M. le Pr. I. Fadlallah. - Non.

M. le Président. – Directement ? Indirectement ?

M. le Pr. I. Fadlallah. - Je n'ai pas le souvenir qu'il y ait eu une objection de compétence. [...]

Je pense réellement que si le Tribunal a eu le souci d'évoquer sa compétence matérielle, ici, pour dire qu'il est compétent matériellement pour trancher tout le litige, cela ne peut finalement signifier qu'une seule chose : "S'il y a un problème d'évaluation, c'est à moi qu'il revient de le trancher". Je crois que c'est vraiment la réponse presque explicite, mais j'admets que cela peut entrer dans la catégorie implicite. Merci beaucoup.

Sir F. Berman. – Monsieur le Professeur, le Tribunal s'exprime bien sur cette question et c'est dans le paragraphe 122 qui commence avec la phrase : "La compétence du Tribunal n'a pas été contestée par la Défenderesse". J'aurais été surpris si cette affirmation était fausse, mais elle est là.

M. le Pr. I. Fadlallah. - Elle est juste.

M. le Président. – Continuez Maître. »

157. Sur ce même sujet, la République Togolaise a fourni la réplique reproduite ci-après⁵⁵ :

⁵⁵ Tr. 22 avril 2011 pp. 52-54.

« Me H. Gharavi.- Merci. Au paragraphe 127, cela ne fait qu'aggraver la situation de la défense de Togo Electricité parce que l'on voit très bien que l'on n'a rien dit sur l'article 53(6). On ne dit strictement rien sur l'article 53(6). Il n'y a pas de raisonnement implicite, explicite. On a simplement fait l'impasse sur cet article.

De même à la page précédente où vous avez parlé, monsieur le Président, de forclusion. C'est intéressant, monsieur le Président, l'emploi du terme "forclusion" de l'article 41, parce que cela non plus n'a pas été plaidé par Togo Electricité dans le cadre de ce recours en annulation.

Vous voyez, il n'y a pas de forclusion. Il y avait une clause CIRDI ici, et le Tribunal était donc compétent. C'était simplement pour la détermination des indemnités contractuelles qu'il fallait faire appel à un expert CIRDI, mais peu importe.

A supposer qu'il y ait forclusion, encore fallait-il dire que l'article 53(6) avait une forclusion. Ce n'est pas ce qui est plaidé par le Défendeur. Ils disent que 201 est une interprétation souveraine du Tribunal arbitral qui dit que l'article 53(6) n'est pas applicable. Ils ne se basent pas sur la forclusion. Vous évoquez la forclusion éventuellement, je ne lis pas dans votre pensée, mais vous dites peut-être que c'était cette éventualité puisque vous vous référez à cette page. Nous disons que non. Le Tribunal arbitral a fait l'impasse.

Nous avons ce débat. Peut-être avez-vous raison. Peut-être nos confrères ont-ils raison. Peut-être ai-je raison. Nous le saurons si vous annulez la Sentence. Mais, en soi, cela prouve qu'il y a un défaut de motif parce que l'on n'arrive pas à suivre le raisonnement de A à B. C'est le critère dans MINE. On n'arrive pas à le suivre et l'on peut éventuellement tomber sur trois interprétations différentes.

Notre position est que la clause est claire, c'est une clause d'expertise obligatoire et exclusive pour le règlement de certains différends. On en a fait l'impasse. Nous n'y avons pas renoncé. Il y a un excès de pouvoir.

Alternativement, il y a un défaut de motif constitutif, qui entache ce dispositif et qui mérite l'annulation.

Sur l'expertise générale, je voudrais répondre à la constatation erronée faite de notre position. Nous ne disons pas que l'on n'a pas soulevé l'expertise générale pour vérifier la demande de Togo Electricité. Dans notre premier mémoire, oui, c'est vrai. Mais, dans le second mémoire,

nous avons explicitement demandé l'expertise générale pour vérifier le quantum présenté par les adversaires. Nous en avons parlé hier, je vous renvoie à nouveau à l'annexe 22, pièce DA 8, paragraphe 55.

Concernant l'expertise générale, on nous dit que, oui, violation d'une règle fondamentale de procédure. On ne l'a pas identifiée. Si, on l'a identifiée. On dit que l'on n'a pas pu se battre sur le quantum en raison de l'absence de réponse à notre demande de nomination d'un expert par le Tribunal. C'est une violation du droit de défense, c'est clair.

Si l'on suivait l'interprétation du Défendeur, leur cas était encore plus aggravé parce qu'ils disent que 201 traite de l'expertise obligatoire du 53(6). Vous ne pouvez pas être plus royaliste que le roi. Ils disent, c'est leur interprétation. On dit que cela doit être entaché pour défaut de motif ou pour d'autres raisons.

De plus, cela voudrait dire que l'on n'a pas eu de réponse sur l'expertise générale. Il n'y a pas eu de réponse. On a fait l'impasse sur notre demande, qui était faite depuis le début de la procédure jusqu'à la fin, de nomination d'expertise générale.

Donc, pile ou face, la Sentence doit être annulée.

Je crois que je suis allé trop vite, vous avez raison, monsieur le Président, parce que, sur le défaut de motif, concernant le paragraphe 201, je me disais en écoutant mes chers confrères que j'avais entendu cela quelque part quand ils essayaient d'expliquer 201.

Tiens ! CMS Gas transmission, où le Tribunal s'est aventuré dans une interprétation particulière assez large d'une clause, et la sentence a été annulée au motif que le Tribunal aurait dû expliquer. Vous trouverez cela à la page 25, paragraphes 96, 97. Il est écrit paragraphe 96 : "In the end it is quite unclear how the Tribunal arrived at its conclusion that CMS could enforce the obligations of Argentina to TGN. It could have done so by the above interpretation of Article II(2)c, but in that case one would have expected a discussion of the issues of interpretation referred to above", et il continue.

Notre situation est bien pire que dans cette sentence CMS Gas transmission. »

158. Le Comité abordera en premier lieu la question de l'expertise obligatoire prévue à l'article 53.6 de la Convention de Concession, question pour laquelle la République Togolaise considère que la Sentence est entachée de nullité pour défaut de motifs et pour excès de pouvoir manifeste. Le Comité traitera des deux moyens allégués ensemble.
159. Il ressort de la Sentence que pendant la procédure arbitrale, la République Togolaise n'a pas demandé d'expertise conformément à l'article 53.6 de la Convention de Concession. En effet, si la République Togolaise avait fait une telle demande – ce qui est la seule manière d'invoquer l'article 53.6, cette provision ne s'appliquant pas d'office – cette demande aurait impliqué une objection à la compétence du Tribunal de statuer sur des questions concernant le quantum des indemnités. La Sentence ne faisant aucune référence à une telle objection et d'ailleurs confirmant la compétence du Tribunal en vertu de l'article 53 de la Convention de Concession, le Comité en tire la conclusion que les différends visés à l'article 53.6 relevaient de la compétence du Tribunal et non celle d'un expert. En d'autres termes, la République Togolaise ne saurait s'opposer à la compétence du Tribunal devant le Comité alors qu'elle ne l'a pas fait devant le Tribunal lui-même.
160. Par conséquent, le Comité considère que le Tribunal n'a pas excédé ses pouvoirs de manière manifeste en déterminant des indemnités au titre des Biens du Service Conçédés non amortis et des Biens Propres du Concessionnaire, au lieu de faire appel à un expert indépendant. De la même façon, le Comité considère que le Tribunal n'a pas « *fait impasse* » sur cette question car il n'en était pas question du tout.
161. Le Comité examinera en deuxième lieu la question de l'expertise générale que la République Togolaise a prétendument demandé à plusieurs reprises au cours de la procédure en vertu de l'article 34.1 du Règlement d'arbitrage pour l'évaluation des dommages comme « *alternative légitime et habituelle* » à la nomination d'un expert

par chaque partie. La République Togolaise soutient que la Sentence est entachée de nullité à cause du traitement du Tribunal de cette question.

162. Le Comité note que le Tribunal a abordé cette question au paragraphe 201 de la Sentence :

« 201. Le Tribunal considère que c'est le chiffre digne de confiance qui doit être confirmé comme base acceptable pour correctement chiffrer lesdites indemnités dues à la date de la résiliation opérée en fonction de l'article 57, et d'autres dispositions pertinentes auxquelles ledit article fait référence.

A ce propos, il convient de noter que le Tribunal n'a eu durant la procédure arbitrale aucun contre-rapport présenté par le Togo, et qu'il est trop tard pour le Togo de demander, quatre ans après les faits, la nomination d'un expert par le Tribunal. Le présent Tribunal CIRDI doit se contenter de fonder ses conclusions sur les informations contenues au dossier, telle que soumises et plaidées par les parties. »

163. Il découle de ces développements que le Tribunal exerçait son pouvoir en vertu de l'article 34.1 du Règlement d'arbitrage, intitulé « *La preuve : principes généraux* », de « *[juger] la recevabilité de toute preuve invoquée et de sa valeur probatoire* ». Dès lors, le Tribunal agissait conformément aux principes généraux de l'arbitrage CIRDI. Il n'a donc pas excédé ses pouvoirs, et il n'était pas nécessaire qu'il motive davantage sa décision.
164. En conséquence, le Tribunal conclut que la Sentence n'est pas entachée de nullité pour excès manifeste de pouvoirs ou pour défaut de motifs quant aux questions concernant la nomination d'un expert.

3. La Conclusion

165. Il découle de ce qui précède que le Comité rejette la demande d'annulation de la Sentence sur la base des arguments soulevés par la République Togolaise concernant les griefs relatifs à la nomination d'un expert.

C. Motifs relatifs aux montants des indemnités « extracontractuelles »

166. La République Togolaise allègue que le Tribunal l'a condamnée au paiement d'indemnités extracontractuelles en sus d'indemnités contractuelles, allant à l'encontre de son raisonnement tel que développé dans la Sentence. En conséquence, la République Togolaise réclame l'annulation totale ou partielle de la Sentence au motif que le calcul des indemnités extracontractuelles est entaché de nullité pour les motifs prévus à l'article 52(1), pris en compte individuellement ou collectivement. Dans cette Section, le Comité examinera maintenant cette question.

1. La Position respective des Parties

167. La République Togolaise soutient que l'ensemble des décisions du Tribunal condamnant la République Togolaise à payer des sommes en sus de l'indemnité contractuelle doit être annulé. La République Togolaise s'oppose également aux décisions du Tribunal de condamner la République Togolaise à payer le solde des comptes bancaires de Togo Electricité au 22 février 2006, soit 1.191.141.211 de francs CFA, et les « *autres droits patrimoniaux devenus exigibles à cause de la résiliation du 22 février 2006 et mesures prises par les autorités togolaises par la suite* »⁵⁶. La République Togolaise soutient que ces décisions sont entachées de nullité pour les motifs énoncés au paragraphe 77 ci-dessus.

⁵⁶ MeD, §§ 126-151.

168. TE-GDF rejettent l'argument selon lequel l'ensemble des décisions du Tribunal doit être annulé, soutenant que le Tribunal a bien « *rappelé les positions respectives des Parties, apprécié l'ensemble des éléments de preuve* » pour parvenir à une conclusion bien motivée. En tout état de cause, TE-GDF considèrent que les arguments de la République Togolaise sont pour la plupart irrecevables au motif que ceux invoqués dans le Mémoire en Demande sont différents de ceux qui forment la base de la Demande en annulation. TE-GDF allèguent à titre subsidiaire que même s'ils étaient recevables, les motifs d'annulation invoqués par la République Togolaise sont infondés et doivent être rejetés⁵⁷.

2. L'Analyse du Comité

169. Le Comité abordera la question de la recevabilité des motifs d'annulation présentés sous cette rubrique (a), avant d'examiner, le cas échéant, leur bien-fondé (b).

(a) *La Recevabilité*

170. Selon TE-GDF, les reproches articulés par la République Togolaise dans sa Demande en Annulation sont fondés uniquement sur le défaut de motifs et concernent les indemnités pour (i) les Bien Propres ; (ii) le solde des consommations antérieures au 22 février 2006 ; et (iii) les agios découlant du défaut de paiements des consommations. En revanche, les reproches articulés dans le Mémoire en Demande sont fondés sur l'excès de pouvoir manifeste, outre le défaut de motifs, et concernent les indemnités visées dans la Demande en Annulation mais aussi le solde des comptes bancaires. TE-GDF soutiennent, par conséquent, que tous les motifs évoqués dans le Mémoire en Demande sont irrecevables, et seul le moyen d'un

⁵⁷ MeR, §§ 194-239.

défaut de motifs, tel que formulé dans la Demande en annulation, peut être entendu par le Comité⁵⁸.

171. La recevabilité des motifs est également contestée par TE-GDF dans le contexte de l'évaluation du quantum des indemnités (et non pas seulement dans leur principe, comme énoncé au paragraphe précédent), c'est dire (i) concernant le solde des comptes bancaires, « *toute critique [...] est formulée hors délai et donc irrecevable* »⁵⁹; (ii) concernant le solde des consommations de la République Togolaise, la condamnation de l'Etat du Togo au paiement de 3.588.451.997 francs CFA au lieu de 3.587.757.000 francs CFA, et l'inclusion prétendue de cette somme dans le montant des 22.197.521.394 francs CFA alloué à Togo Electricité, relèvent, si elles sont avérées, d'une erreur matérielle qui aurait dû faire l'objet d'une correction conformément à l'article 49 du Règlement d'arbitrage CIRDI⁶⁰.
172. La position de la République Togolaise est exposée au paragraphe 87 ci-dessus.
173. Pour les raisons exposées aux paragraphes 88 – 90 ci-dessus, le Comité considère recevables les arguments développés par la République Togolaise dans son Mémoire en Demande concernant le défaut de motifs et l'excès de pouvoir manifeste.

(b) *Quant à l'ensemble des décisions du Tribunal*

174. La République Togolaise commence par noter qu'au paragraphe 197 de la Sentence, le Tribunal s'est fondé sur l'article 57 de la Convention de Concession afin de limiter l'indemnisation de Togo Electricité puisque cet article « *ne mentionne aucune autre indemnité en [sa] faveur* ». Cependant, le Tribunal a octroyé des indemnités au-delà

⁵⁸ MeR, §§ 213.

⁵⁹ MeR, §§ 269-270.

⁶⁰ MeR, §§ 296-

de l'article 57⁶¹. La République Togolaise est d'avis qu'en ce faisant, le raisonnement du Tribunal est entaché de nullité pour une « *contradiction de motifs* » et pour une violation manifeste de ses pouvoirs⁶².

175. TE-GDF contestent la position de la République Togolaise. Pour autant qu'elles admettent que l'article 57 prévoit deux indemnités spécifiques permettant au Concédant de reprendre, moyennant compensation, les biens destinés à assurer la continuité du service public, elles sont d'avis que le Tribunal n'a commis aucune violation car l'article 57 « *n'exclut évidemment pas l'application des règles de droit commun et notamment le droit pour celle des parties qui est créancière de l'autre, à un titre ou à un autre, de recouvrer sa créance* ». TE-GDF prétendent que l'article 57 « *ne saurait être restrictif* » parce que, sinon, Togo Electricité aurait été « *privé de la réparation des préjudices subis* »⁶³.

176. La position de la République Togolaise a été précisée lors de l'audience :

« Cette analyse juridique commence à la page 31 de la Sentence et, après avoir vérifié sa compétence, avoir dit quelles étaient les conventions et le droit applicable, le Tribunal arbitral, en page 35, entre dans une analyse de la Convention, à la section 5 “La nature juridique de la Convention de Concession”.

Dans cette analyse, il commence par déterminer que la Convention de Concession est un Contrat de droit administratif inspiré du droit français. Vous le voyez en particulier au paragraphe 143.

Il s'interroge ensuite sur les implications de ce régime particulier, en faisant valoir, au paragraphe 145, que, je cite : “En raison de la nature juridique particulière de la concession de service public inspirée du droit français [...]” il y a plusieurs conséquences. ‘Cela concerne, en premier

⁶¹ MeD, §§ 128-137.

⁶² MeD, §§ 137-138.

⁶³ MeR, §§ 194-207.

lieu, la résiliation de la Convention de Concession et, en deuxième lieu, l'indemnisation suite à la résiliation anticipée [...]”.

Le Tribunal analyse, ensuite, le Contrat pour arriver à la constatation (paragraphe 157 et 158) que, aux termes de la Convention de Concession, la République du Togo, donc le Concessionnaire,[sic] n'avait pas le pouvoir de prononcer la résiliation de plein droit du Contrat de la Convention, tel qu'elle l'a fait, sauf dans une seule hypothèse, celle de l'article 57. S'il voulait se baser sur un autre fondement que le déséquilibre économique survenu du fait d'une circonstance nouvelle, notamment s'il voulait se baser sur une faute du Concédant, donc de la République du Togo, il ne pouvait se référer qu'à une résolution judiciaire, plus exactement arbitrale en l'occurrence, donc une résiliation du Contrat prononcée par le Tribunal arbitral.

Cela, vous le trouvez au paragraphe 158.

Ensuite, le Tribunal analyse les conditions dans lesquelles l'article 57 pouvait être mis en jeu, je n'y reviens pas. Puis, le Tribunal observe, au paragraphe 161, que le reste de l'article 57 établit, avec précision, les conséquences d'une telle résiliation en stipulant (il le cite) le paragraphe l'article 57, comme je l'ai fait au début de mon intervention, faisant valoir (paragraphe 161 et 162) que seules deux indemnités sont concevables aux termes de l'article 57 : “ une indemnité pour le coût des biens du Service Concédé financés par le Concessionnaire et non amortis ” à la date de résiliation et “une indemnité pour le coût des actifs des biens propres repris par le Concédant”.

[Le Tribunal] se pose ensuite, à la section 7 (page 42), la question fatidique pour ce qui nous intéresse : “Serait-il juridiquement permissible d'accorder des indemnités au-delà de celles explicitement mentionnées par le contrat ?”.

*Le Tribunal observe alors que Togo Electricité demande inter alia, pas uniquement, mais entre autres que : “Outre les indemnités explicitement prévues à l'article 57, les Demanderesses réclament, inter alia (entre autres), le manque à gagner (lucrum cessans) [...]” ; que l'article 57 de la Convention ne mentionne aucune indemnité en faveur du Concessionnaire telle, par exemple, que le manque à gagner. J'insiste sur ce point, on y reviendra : il invoque toujours le *lucrum cessans*, le manque à gagner, à titre d'exemple.*

On arrive à la question qu'il se pose (paragraphe 165) : “En d'autres termes, est-il possible d'accorder, dans le cadre d'une résiliation

unilatérale de la Convention de Concession par le Concessionnaire, en vertu de l'article 57, d'autres indemnités que celles explicitement prévues dans cet article, tel que, par exemple, le manque à gagner, ou existe-t-il une responsabilité supplémentaire du Concédant fondée sur un excès de pouvoir [...] qui devrait être sanctionnée d'une façon exceptionnelle [...] en accordant au Concessionnaire l'indemnisation de l'intégralité de son dommage ?”.

Après un certain nombre de considérations, le Tribunal répond à cette question au paragraphe 169. A mon sens, c'est le paragraphe essentiel de la question qui nous intéresse : “Faute, pour les Demanderesses d'avoir agi ainsi, le présent Tribunal n'a aucun pouvoir juridique permettant : la condamnation de l'Etat togolais à une indemnisation qui dépasse celle prévue par l'article 57 de la Concession”.

La réponse est donc très claire : aucune autre indemnisation que celle prévue à l'article 57.

*Il n'a non plus aucun pouvoir juridique pour accorder, aux Parties Demanderesses, des sommes calculées sur la base d'une responsabilité délictuelle pour excès de pouvoir ou pour un manquement grave de la part du Concédant qui englobe à la fois le *damnum emergens* et le *lucrum cessans*.*

*Ce sont là deux réponses extrêmement claires du Tribunal arbitral qui, ensuite, parce qu'on lui demande le *lucrum cessans*, se prononce plus en détail sur la question.*

Donc réponse très claire : pas d'autre indemnisation que celle prévue à l'article 57. C'est ce que répète le Tribunal arbitral, plus tard, au paragraphe 197. Le paragraphe 197 vient juste après la section 8, que vous avez vue longuement ce matin avec Me H. Gharavi, qui analyse les faits et conclut à la validité de la résiliation.

[...]

Les choses ont dérapé deux paragraphes plus loin, soit au paragraphe 199. Après avoir rappelé les trois rapports sur lesquels il se fondait pour évaluer le préjudice, le Tribunal observe que : “Les informations contenues dans lesdits documents, prises avec celles provenant plus tard du rapport du commissaire aux comptes pour l'exercice clos du 22 février 2006 (pièce D163) et du rapport d'Accenture en date du 11 mai 2008 (pièce D188), forment, ensemble, un fondement utile que le Tribunal doit prendre en considération dans la détermination

de l'indemnité globale due en application de l'article 57 qui sert de base à la résiliation du 22 février 2006 [jusque là il n'y a pas de problème], à savoir :

(i) les indemnités contractuelles prévues par les articles 57, 49(4) et 50 de la Convention de Concession [c'est-à-dire l'article 57 lui-même] ;

(ii) le solde des comptes bancaires de Togo Electricité au 22 février 2006 ; et

(iii) les autres droits patrimoniaux qui sont devenus exigibles à cause de la résiliation du 22 février 2006 et des mesures prises par les autorités togolaises par la suite.”

Pourquoi cet ajout de deux chefs d'indemnisation possible ? La structure de la phrase est curieuse : l'article 57 permet de prononcer les condamnations prévues à l'article 57 plus deux autres chefs. Pourquoi ? On ne le sait pas. Sur quelle base juridique ? On ne le sait pas. On ne le sait pas ce stade et on ne le saura pas, plus tard, en lisant la suite de la Sentence.

Les seules deux explications qui n'en sont pas et que l'on peut essayer de trouver, c'est à propos des soldes de comptes bancaires (paragraphe 204), que cette somme faisait partie des comptes fonds propres appartenant au Concessionnaire. Est-ce qu'on n'est pas dans le cadre de l'article 50 ? Pourquoi, dans ce cas, les soldes des comptes bancaires ont-ils fait l'objet d'un traitement différent ? On n'en sait rien.

On lit, également aux paragraphes 205 et 206 que : “[...] la déchéance ordonnée le même jour par le Président de la République togolaise n'est qu'un exercice de pouvoir régalién extracontractuel [...]”. “Par conséquent, la Défenderesse doit non seulement payer les indemnités prévues par l'article 57 et retourner à Togo Electricité le solde de ses comptes bancaires, mais encore liquider les conséquences des droits acquis auparavant par Togo Electricité [...]”. Mais là, on est en pleine contradiction avec ce qui nous a été dit jusqu'à présent.

Jusqu'à présent, on nous a dit : je suis limité par l'article 57. Ensuite, il nous a répété : “Je suis limité par l'article 57, mais en plus de ce qui est écrit dans l'article 57, je peux tenir compte de certaines conséquences de la résiliation”.

Là, on ne nous parle plus de la résiliation, mais de la déchéance qui a été procédée. On nous dit que ces droits étaient acquis à cause de la

résiliation. Maintenant, ils deviennent acquis à cause de la déchéance. Et tout cela alors qu'au paragraphe 195, on nous avait dit que : “[...] la déchéance n'a pas d'effet juridique et qu'elle n'est qu'un constat des conséquences d'une résiliation qui aurait eu lieu valablement sur le plan contractuel”.

Mais au-delà de toutes ces contradictions, qui ne permettent pas de comprendre le raisonnement suivi par la Tribunal Arbitral, on ne sait absolument pas sur quel fondement juridique il a cru pouvoir excéder l'article 57, alors qu'il nous a dit qu'il ne pouvait pas excéder l'article 57.

Donc, à la lecture de la Sentence, on ne comprend absolument pas pourquoi la République a été condamnée ni sur quel fondement. On ne trouve, à cet égard, aucun éclaircissement à la lecture du Mémoire en Défense de Togo Electricité »⁶⁴.

177. La République Togolaise a réitéré cette position dans ses Observations complémentaires⁶⁵, ainsi que dans sa Réponse à la Note en délibéré de Togo Electricité⁶⁶.
178. TE-GDF lisent la Sentence autrement. TE-GDF considèrent que le Tribunal s'est d'abord interrogé dans la Section 7 de la Sentence sur la portée de l'article 57 au regard de la demande d'indemnisation formulée par TE-GDF au titre du manque à gagner, avant d'analyser dans la Section 9 de la Sentence les effets juridiques et financiers de la résiliation de la Convention de Concession⁶⁷.
179. Selon TE-GDF, le Tribunal a précisé dans la Section 7 de la Sentence que l'article 57 prévoyait explicitement des indemnités mentionnées aux articles 49.4 et 50 de la Convention de Concession (paragraphe 164 de la Sentence), avant de s'interroger sur

⁶⁴ Tr. 21 avril 2011 pp. 69-73.

⁶⁵ Observations complémentaires, §§ 4-7.

⁶⁶ Réponse à la Note en délibéré, §§ 4, 8, 9, 12-14.

⁶⁷ Note en délibéré, § 6.

la possibilité d'accorder des indemnités autres que celles expressément prévues (c'est dire, des indemnités fondées sur la responsabilité délictuelle de la République Togolaise) (paragraphe 165). Après avoir examiné cette question, le Tribunal a décidé de ne pas indemniser Togo Electricité au titre du *lucrum cessans*, dans la mesure où cette indemnisation ne peut résulter ni d'une indemnisation contractuelle sur la base de l'article 57, ni d'une indemnisation délictuelle résultant de l'excès de pouvoir ou d'un manquement grave du Concédant (paragraphe 174 *in fine* de la Sentence)⁶⁸.

180. S'agissant de la Section 9 de la Sentence, TE-GDF considèrent que le Tribunal a désigné comme « *indemnités contractuelles* » celles qui sont « *attachées ipso jure à la résiliation de l'article 57 par la Convention de Concession et celles-là seules* », excluant ainsi le *lucrum cessans* de tout calcul⁶⁹ (soulignement d'origine). En revanche, TE-GDF précisent que « *l'octroi par le Tribunal arbitral des indemnités contractuelles prévues par l'article 57 ne prive pas Togo Electricité des droits distincts de ceux que prévoit cet article, d'autant que celui-ci n'exclut aucunement l'octroi d'indemnités sur un autre fondement* »⁷⁰. A l'appui de cette position, TE-GEF se réfèrent aux paragraphes 199 et 202 de la Sentence, soumettant que le Tribunal « *a donc clairement entendu distinguer les indemnités qui sont expressément prévues par l'article 57, de celles qui procèdent de droits nés après la résiliation (mainmise sur les comptes bancaires, qui étaient d'ailleurs des bien propres), ainsi que des droits de créance nés antérieurement à la résiliation et devenus exigibles alors (agios et créances de consommation d'électricité)* »⁷¹.

⁶⁸ *Ibid.*, §§ 9-16.

⁶⁹ *Ibid.*, §§ 20-21. Cf. Réponse aux observations de la République Togolaise, §§ 4-5.

⁷⁰ *Ibid.*, § 22.

⁷¹ *Ibid.*, §§ 27-28; Réponse aux observations de la République Togolaise, §§ 6-16.

181. Pour conclure, TE-GDF affirment que⁷² :

« *La distinction entre les indemnités attachées **ipso jure** à la résiliation de l'article 57 et celles qui n'ont pas la résiliation pour fait générateur explique donc la Sentence : les déclarations aux paragraphes 169, 173, 174 ne concernent que les indemnités attachées à la résiliation de l'article 57 qui exclut le **lucrum cessans**, tandis que les paragraphes 199, 205 et 206 indiquent que, en marge de ces indemnités, il y a place pour les indemnités justifiées par des droits de propriété ou de créance nés antérieurement ou postérieurement à la résiliation et qui ne sont pas couvertes par l'article 57* » (soulignement d'origine).

182. Le Comité analyse les positions des Parties comme suit. La République Togolaise conteste l'interprétation de la Sentence en soumettant une interprétation alternative. Le Comité reconnaît que cette alternative ne manque pas de plausibilité. Le Comité rappelle cependant, que son rôle n'est pas celui d'une instance en appel qui pourrait substituer son propre raisonnement (ou celui de l'une des parties) à celui d'un tribunal. Il excéderait ses pouvoirs et violerait le principe de l'article 53 de la Convention CIRDI (qui ne prévoit pas de voie d'appel à l'encontre de la sentence) s'il examinait la justesse et l'exactitude de l'argumentation du Tribunal. C'est à l'aune de ces principes que le Comité se doit d'examiner les développements du Tribunal concernant les indemnités dites extracontractuelles.

183. Le Comité note que le Tribunal a commencé par décider que la Convention de Concession était un contrat administratif (paragraphe 141 de la Sentence) auquel le Concessionnaire n'avait droit de mettre fin en dehors d'une résiliation judiciaire qu'en se prévalant des raisons détaillées à l'article 57 de la Convention de Concession, avant d'expliquer les implications juridiques de ce régime (paragraphe 145 – 160 de la Sentence). En raison des caractéristiques juridiques de la Convention de Concession, le Tribunal a conclu que « *toute évaluation de l'indemnisation due à*

⁷² *Ibid.*, § 44.

cause d'une telle résiliation spécifique sous l'article 57 », donc toute demande qui aurait son fondement juridique dans la Convention, devait émaner de la Convention de Concession. Le Tribunal traitait en particulier de la question du *lucrum cessans* sollicité par les Demanderesses à l'arbitrage, décidant qu'il ne tombait pas sous le coup de l'article 57 (« *telle que par exemple un quelconque lucrum cessans (indemnité pour manque à gagner ou perte de gains de profits futurs)* » (paragraphe 161)).

184. Ensuite, dans la Section 7 de la Sentence, le Tribunal a examiné la question de savoir s'il était « *juridiquement permissible d'accorder des indemnités au-delà de celles explicitement mentionnées dans le contrat* ». Le Tribunal s'est de nouveau concentré sur la question du *lucrum cessans*, la considérant comme « *une responsabilité supplémentaire* » découlant de la « *responsabilité délictuelle* » (paragraphe 165). Au regard des principes généraux du droit administratif, le Tribunal a décidé de rejeter l'idée d'une « *responsabilité supplémentaire* » au motif qu'il n'avait « *aucun pouvoir juridique permettant* » :

« (i) *soit, la validation d'une telle résiliation placée en dehors du mécanisme prévu par l'article 57 de la Concession ;*

(ii) *soit, la condamnation de l'Etat togolais à une indemnisation qui dépasse celle prévue par l'article 57 de la Concession ;*

(iii) *soit, d'accorder aux parties Demanderesses des sommes calculées sur la base d'une responsabilité délictuelle pour excès de pouvoir ou pour un manquement grave de la part du Concédant qui englobe à la fois damnum emergens et lucrum cessans* » (paragraphe 169).

185. Les développements du Tribunal qui suivent cette décision confirment que le Tribunal s'est focalisé dans ces passages sur la demande de TE-GDF au titre du manque à gagner (paragraphe 170 – 181 de la Sentence). (A titre d'exemple, aux paragraphes 179 – 181 de la Sentence, le Tribunal a rejeté la formule *Discounted Cash Flow* invoquée par TE-GDF au motif qu'elle était trop spéculative.)

186. Ensuite, dans la Section 8 de la Sentence, le Tribunal a décidé que Togo Electricité avait le droit d'engager le processus de l'article 57 (paragraphe 183 – 186), avant de déterminer que la résiliation effectuée par Togo Electricité était valable (paragraphe 187 – 196).
187. Pour les mêmes raisons qui ont mené le Tribunal à rejeter la demande de compensation pour le *lucrum cessans*, il a également rejeté certaines demandes de compensation de nature diverse comme les frais d'annulation d'un prêt, les frais de liquidation de Togo Electricité., les frais de procédures, ainsi que l'indemnisation du préjudice moral⁷³. De l'avis du Tribunal, toutes les demandes rejetées ont un trait commun dans la mesure où leur fondement juridique ne pouvait que se trouver que dans la Convention de Concession elle-même, mais les conditions n'étaient pas réunies en l'espèce. Comme la Convention de Concession exclut toutes demandes qui ne sont pas prévues à l'article 57, et comme les demandes faites par les Demanderesses ne tombaient pas sous le coup de cet article, le Tribunal les a rejetées⁷⁴. Le Tribunal distingue ces demandes de celles pour lesquelles la résiliation a également opéré comme un déclencheur mais qui ont un fondement distinct de la Convention de Concession et qui sont devenues exigibles, et acquises, au moment de la résiliation.
188. Le Comité comprend (non sans difficulté) que c'est dans cet état d'esprit (de distinction) que le Tribunal a procédé à l'évaluation de chacune des demandes. Dans la Section 9 de la Sentence – intitulée « *les effets juridiques et financiers de la résiliation qui a mis fin à la Concession* » – le Tribunal a déclaré qu'il devait « *nécessairement être guidé par les règles qui figurent à l'article 57 fixant l'étendue de l'indemnisation due* » (paragraphe 197). Le Tribunal a noté que « *le point de*

⁷³ Paragraphe 214 de la Sentence.

⁷⁴ Paragraphes 215-221 de la Sentence.

- départ de l'évaluation des indemnités dues* » au titre de l'article 57 se trouvait « *autour du compte rendu des réunions qui ont eu lieu à Paris les 13, 14, 15 et 16 février 2006, c'est-à-dire juste une semaine avant la fin de la Concession* ». Selon le Tribunal, ce compte rendu exprimait « *les attentes légitimes des parties à cette période* » (paragraphe 198).
189. Le Tribunal a considéré que ce compte rendu récapitulait les fondements et comprenait les éléments que le Tribunal devaient « *prendre en considération dans la détermination de l'indemnité globale due en application de l'article 57 qui sert de base à la résiliation du 22 février 2006, à savoir* » : (i) les indemnités prévues par les articles 57, 49.4 et 50 de la Convention de Concession ; (ii) le solde des comptes bancaires de Togo Electricité au 22 février 2006 ; et (iii) les autres droits patrimoniaux qui sont devenus exigibles à cause de la résiliation (paragraphe 199, soulignement ajouté par le Comité). Le Tribunal a alors analysé ces trois catégories de rémunération qu'il estimait devoir faire partie de l'indemnité globale en vertu de l'article 57 (paragraphe 200 – 218).
190. Il est à noter qu'au paragraphe 206 de la Sentence, le Tribunal a décidé que la République Togolaise devait « *non seulement payer les indemnités prévues par l'article 57 et retourner à Togo Electricité le solde des comptes bancaires, mais encore liquider les conséquences des droits acquis auparavant par Togo Electricité et qui étaient exigibles à l'extinction de ses activités au Togo* » (soulignement ajouté par le Comité).
191. La démarche et l'argumentation du Tribunal sont ambiguës, maladroites et prêtent à confusion. Après avoir constaté avec force que l'indemnité globale devrait être fixée en application de l'article 57, il continue par octroyer d'autres compensations qui ne tombent évidemment pas sous le coup de cet article, ce qui donne l'impression que le Tribunal a agi en dehors de l'article 57. Les développements du Tribunal au paragraphe 213 de la Sentence peuvent également donner cette impression (« *le*

Tribunal trouve qu'au-delà des indemnités contractuelles prévues par l'article 57 et le solde des comptes bancaires, quatre autres éléments doivent être ajoutés aux sommes dues »). Il se peut que dans le seul souci d'exclure avec la plus grande clarté possible la compensation pour *lucrum cessans* et de la distinguer d'autres compensations possibles, le Tribunal a obscurci la distinction entre les différentes catégories de demandes, pourtant basées sur des fondements juridiques distincts.

192. Ce langage occulte l'intention pourtant explicitée dans sa décision sur sa compétence de « *décider définitivement sur toutes les questions ainsi que tous les différends entre les parties concernant la Convention de Concession du 5 septembre 2000, y compris son exécution et son interprétation. En outre, seul le Tribunal est compétent pour statuer sur ces questions et différends* »⁷⁵. Cette interprétation de l'article 53 de la Convention de Concession que le Tribunal a reproduit au paragraphe 6 de la Sentence est cohérente et établit les pouvoirs du Tribunal qu'il n'a pas excédés par la suite. Le Tribunal s'est inscrit dans cette logique de compétence, dont l'affirmation lui incombe en vertu de l'article 41 CIRDI, et il a constaté qu'il « *doit procéder à l'adjudication des autres points litigieux tenant compte de la résiliation valable en vertu de l'article 57* »⁷⁶. Vue sous cet angle, l'argumentation du Tribunal n'est pas marquée par une contradiction, dans le sens d'une neutralisation mutuelle de deux arguments présentés, mais plutôt par un manque de clarté regrettable, qui n'atteint cependant pas un défaut de motifs.

193. La lecture de la Sentence permet au Comité malgré la confusion entretenue de comprendre que le Tribunal distingue dans la Section 9 entre différentes catégories des demandes : celles qui trouvent leur fondement dans la Convention de Concession, celles qui ne l'ont pas et pour lesquelles aucun autre fondement n'est

⁷⁵ Paragraphe 129 de la Sentence.

⁷⁶ Paragraphe 189 de la Sentence.

envisageable, et finalement celles qui sont nées au moment de la résiliation mais qui sont basées sur un fondement juridique distinct de la Convention de Concession, c'est-à-dire sur un fondement extra-conventionnel. Cette dernière catégorie de demandes n'existe pas *ipso iure*, mais elle est basée sur des relations contractuelles hors Convention de Concession, comme par exemple sur un contrat d'assistance technique ou sur un contrat de fourniture d'énergie. Le Tribunal en fait état après avoir étudié le compte rendu des négociations entre les deux parties précédant la résiliation et qui « reflète l'expression des attentes légitimes des parties »⁷⁷.

194. La République Togolaise n'a pas contesté l'exigibilité des créances détaillées dans ce compte rendu ni que ces créances puissent se caractériser comme des droits patrimoniaux⁷⁸. Elle dénonce plutôt la confusion et les contradictions qui entoureraient l'application de l'article 57 de la Convention de Concession. De son côté, le Comité *ad hoc* a émis des réserves sur la cohérence et la clarté de la Sentence. Il est cependant de l'avis, comme expliqué aux paragraphes 191-193 ci-dessus, que ces « déficiences » n'atteignent pas le seuil critique qui ferait basculer une insuffisance qui a trait au fond de la Sentence, et qui donnerait lieu à une procédure d'appel pourtant interdite par l'article 53 de la Convention CIRDI, vers un défaut de motifs qui justifierait une annulation.
195. C'est dans cette perspective de distinction que le Tribunal a passé en revue les différents types de demandes dans la Section 9 de sa Sentence. Ainsi :
196. Comme constaté ci-dessus⁷⁹, le Tribunal a rejeté un certain nombre de demandes aux paragraphes 214 – 218, au motif qu'elles ne découlaient pas de cet article. Par exemple, le Tribunal a rejeté la demande pour les frais d'annulation d'un certain prêt

⁷⁷ Paragraphe 183 G de la Sentence.

⁷⁸ Réponse à la Note en délibéré de la République Togolaise, § 11.

⁷⁹ Paragraphe 187.

parce qu'ils « *ne tomb[ai]ent pas sous le coup de l'article 57* ». Quant aux frais de liquidation engagés par Togo Electricité, le Tribunal a considéré que « *ces frais ne [pouvaient] aussi être compris dans le domaine de l'article 57* ». Par ailleurs, le Tribunal a décidé que le préjudice moral et le manque à gagner étaient « *deux causes d'action non prévues par l'article 57 de la Convention de Concession* ».

197. Confirmant l'exclusion des demandes fondées sur une « *responsabilité délictuelle* » (paragraphe 165 de la Sentence), le Tribunal a tracé les limites de son pouvoir d'une manière nette et sans équivoque.
198. En revanche, il a décidé d'assimiler le solde des comptes bancaires aux fonds propres du Concessionnaire (paragraphe 204) et de les traiter directement comme « *Biens Propres de Togo Electricité qui sont restés entre les mains des autorités togolaises* » (paragraphe 207 (i)) de la Sentence) au sens des articles 57 et 50 de la Convention de Concession. Il a ensuite caractérisé l'obligation de l'Etat de rémunérer l'assistance technique ainsi que le dommage survenu en conséquence des agios de découvert bancaire et le solde des consommations en électricité antérieure à la résiliation de la Convention comme droits patrimoniaux acquis (Section 9.3 de la Sentence). Il a décidé d'adjuger les demandes d'indemnisation respectives après avoir décidé que les créances respectives étaient devenues exigibles par le fait déclencheur de la résiliation sur la base d'un fondement juridique distinct de la Convention de Concession.
199. Ces distinctions et catégorisations des différents types de droits invoqués suivent donc une certaine logique. Elles s'inscrivent dans une interprétation de la Convention de Concession et plus particulièrement de son article 57. Elles mènent à une appréciation spécifique de chaque catégorie de droits. La démarche peut se comprendre comme étant une juxtaposition des droits invoqués plutôt qu'une contradiction à l'issue de laquelle les arguments se neutraliseraient mutuellement.

200. Il est vrai qu'il prête à ambiguïté quand le Tribunal n'explique pas pourquoi l'obligation de payer la rémunération au titre de l'assistance technique, ni l'obligation de compenser une perte due aux découverts bancaires, représentent des droits patrimoniaux acquis. Le Tribunal s'est contenté de faire référence au compte rendu des négociations des parties à la veille de la résiliation. Un tel déficit d'argumentation juridique ne justifie pas pour autant l'annulation de la Sentence. Il convient de souligner à nouveau qu'il ne relève pas de la compétence du Comité de juger de l'élégance, l'excellence doctrinale et l'exactitude de la Sentence. Ceci équivaudrait à un examen au fond. En effet, il est peu probable qu'il y ait des sentences arbitrales qui ne puissent pas être critiquées ou améliorées. L'un des objectifs de l'article 53 de la Convention de CIRDI est de couper court à cette tentation éternelle.
201. Par conséquent, même si les termes choisis par le Tribunal peuvent laisser à désirer le Tribunal s'est conformé à son interprétation de l'article 57, tout d'abord en lui reconnaissant toute son importance comme déclencheur des effets juridiques et financiers et ensuite en évaluant les différentes demandes à la lumière de la Convention de Concession et en constatant l'exigibilité d'autres demandes, l'adjudication desquelles relevait, selon sa décision, de sa compétence. Il n'appartient pas au Comité de trancher la question de savoir si le Tribunal a eu raison d'interpréter l'article 57 de cette manière.
202. Il découle de ce qui précède que les développements du Tribunal concernant les indemnités dues en application de l'article 57 de la Convention de Concession ne sont entachés de nullité ni pour défaut de motifs, ni pour excès de pouvoir manifeste.

(c) *Quant à la valeur des Bien Propres*

203. La République Togolaise réitère son argument selon lequel la décision du Tribunal est entachée de nullité pour les trois motifs d'annulation invoqués parce que le Tribunal a accordé une « *indemnité contractuelle réclamée par Togo Electricité au titre des Bien propres de 3.754.657.405 F CFA* », tandis que Togo Electricité avait

demandé ce montant comme indemnité pour spoliation. Selon la République Togolaise, le Tribunal a modifié de son propre chef la qualification de cette indemnité (le Tribunal décidant que l'indemnité « *n'est en réalité que le produit final comptable des facilités et transferts technologiques que la société-mère avait fournis comme "assistance technique" à Togo Electricité* »), sans expliquer sur quel fondement il l'a établi, sans que la Convention de Concession le permette, sans motiver sa décision, et sans donner aux Parties la possibilité de s'exprimer sur ce point. Par ailleurs, la République Togolaise critique la décision du Tribunal de ne pas avoir précisé ou identifié les preuves sur lesquelles il a basé sa décision d'accorder 1.501.862.962 de francs CFA pour la valeur des Biens Propres qui sont restés entre les mains des autorités togolaises⁸⁰.

204. Selon TE-GDF, il n'y a pas de défaut de motifs parce que le Tribunal n'a pas requalifié l'indemnité qui était demandée par Togo Electricité mais « *expliqué à quoi cette indemnité correspondait dans son montant* » au vu de la demande de Togo Electricité d'une indemnité pour la valeur des Biens Propres et pour spoliation calculée sur la valeur vénale des Bien Propres. Par ailleurs, TE-GDF considèrent que, en toute hypothèse, « *le pouvoir de requalification est inhérent au Tribunal arbitral dans le cadre de son appréciation souveraine du fond* »⁸¹.
205. Le Tribunal a motivé sa décision concernant les Biens Propres au paragraphe 208 de la Sentence, reproduit ci-après :

« En ce qui concerne les Biens Propres, Togo Electricité réclame la valeur comptable de 3.754.657.405 de francs CFA, et une indemnité pour spoliation calculée sur leur valeur vénale de ces biens d'un montant de 1.501.862.962 de francs CFA. [...] Pour la somme de 1.501.862.962 de francs CFA, appelée "spoliation" par les Demanderesses, elle n'est en

⁸⁰ MeD, §§ 141-146 ; 223-224.

⁸¹ MeR, §§ 214-220.

réalité que le produit final comptable des facilités et transferts technologiques que la société-mère avait fournis comme “assistance technique” à Togo Electricité (1.7 milliards de francs CFA). Les preuves en possession du Tribunal confirment le montant réclamé ; et cette réclamation doit être accordée en sa totalité à Togo Electricité ».

206. La République Togolaise critique cette décision au motif que le Tribunal a modifié de son propre chef la qualification de cette indemnité sans expliquer sur quel fondement il l’a établie, sans que la Convention de Concession ne le permette, sans motiver sa décision, et sans donner aux Parties la possibilité de s’exprimer sur ce point.
207. Le Comité estime la position de la République Togolaise infondée. Le Comité considère que le Tribunal a interprété les preuves en sa possession et que le résultat de cette interprétation est tout au moins compréhensible. De plus, il ressort de la décision du Tribunal qu’il a retenu la somme de 1.501.862.962 de francs CFA sur la base de documents expliquant le produit final comptable des facilités et transferts technologiques que la société-mère avait fournis comme « assistance technique » à Togo Electricité. Dès lors, le Comité estime que la démarche du Tribunal reste dans la sphère de son pouvoir et que sa motivation n’est pas sans fondement. Il n’a pas manqué d’identifier les preuves sur lesquelles il a basé sa décision.
208. Par conséquent, le Comité conclut que les moyens allégués par la République Togolaise à l’encontre de la décision du Tribunal concernant la valeur des Biens Propres doivent être rejetés.

(d) Quant aux agios encourus

209. La République Togolaise constate que le Tribunal a accordé à Togo Electricité la somme de 58.524.403 de francs CFA au titre des agios encourus avant la résiliation au motif que « cette somme a été effectivement payée par Togo Electricité en tant que Concessionnaire durant ses opérations du service public en question ». La

République Togolaise objecte tout d'abord que le Tribunal n'a fourni aucune motivation pour cette décision, ni par l'application de l'article 50 de la Convention de Concession, ni par les mesures prises par la République Togolaise à la suite de la résiliation. De même, la République Togolaise avance l'argument que si le Tribunal se fonde sur l'article 50, « *il n'explique aucunement quel raisonnement lui permet d'assimiler les agios bancaires à un Bien Propre au sens de la Convention de Concession* ». Par ailleurs, la République Togolaise considère que le Tribunal n'a pas répondu aux arguments de la République Togolaise à cet égard, développés aux paragraphes 311 à 315 de son Contre-Mémoire⁸².

210. Dans la mesure où la République Togolaise reprocherait au Tribunal de n'avoir pas justifié l'imputabilité des agios encourus, TE-GDF répondent que cette décision découle des développements du Tribunal concernant l'obligation de maintenir l'équilibre économique de la Convention de Concession au paragraphe 185 (D) de la Sentence. De même, TE-GDF contestent la position de la République Togolaise selon laquelle le Tribunal s'est contredit dans sa discussion concernant l'assimilation des agios à un Bien Propre de Togo Electricité au motif que le Tribunal ne l'a jamais fait, au contraire, le Tribunal les a abordés au titre des autres droits patrimoniaux devenus exigibles à cause de la résiliation du 22 février 2006⁸³.
211. Le Tribunal a motivé sa décision concernant les agios encourus au paragraphe 209 de la Sentence, reproduit ci-après :

« En ce qui concerne les agios sur découverts subis par Togo Electricité, dont le montant total s'élève à 58.524.403 de francs CFA, le dossier en possession du Tribunal contient la preuve que cette somme a été effectivement payée par Togo Electricité en tant que Concessionnaire

⁸² MeD, §§ 147-149.

⁸³ MeR, §§ 214-225, 290.

durant ses opérations du service public en question. Donc, elle doit être accordée en sa totalité à Togo Electricité ».

212. Quant à l'argument de la République Togolaise selon lequel cette décision est entachée de nullité pour défaut de motifs parce que le Tribunal ne l'a pas motivée et n'a pas répondu aux arguments de la République Togolaise, le Comité l'estime infondé. En effet, le Tribunal constate que sa décision est motivée par le fait que le dossier « *contient la preuve que cette somme a été effectivement payée* ». Par ailleurs, dans la mesure où le Tribunal se prononce sur les dommages dus à TE-GDF, cette décision découle nécessairement des développements du Tribunal au paragraphe 185 (D) de la Sentence concernant l'obligation de la République Togolaise de maintenir l'équilibre économique de la Convention de Concession.
213. Le Comité rejette également l'argument de la République Togolaise selon lequel le Tribunal a assimilé des agios à un Bien Propre. Le Comité note que le Tribunal s'est prononcé sur les agios au paragraphe 209 de la Sentence, tandis qu'il s'est prononcé sur les Biens Propres au paragraphe 208. Dès lors, il s'agit de deux décisions distinctes, le Tribunal traitant les agios séparément des Biens Propres.
214. En ce qui concerne l'argument de la République Togolaise selon lequel le Tribunal n'a pas tenu compte des paragraphes 311 à 315 de son Contre-Mémoire, ce qui caractériserait un défaut de motifs, le Comité se réfère au paragraphe 57 ci-dessus. Le Comité rappelle que cette question traite en fait d'un excès de pouvoir manifeste et ne peut constituer un motif d'annulation que dans l'hypothèse où un cet argument est crucial ou décisif dans la décision du Tribunal. Or, la République Togolaise ne suggère pas que les paragraphes cités de son Contre-Mémoire contiennent des arguments décisifs.
215. Dès lors, le Comité considère que les développements du Tribunal concernant les agios encourus ne sont entachés de nullité pour aucun motif d'annulation.

(e) Quant aux autres droits patrimoniaux

216. La République Togolaise estime que les décisions du Tribunal quant au quantum des autres droits patrimoniaux sont « *dénuées de motivation* ». Plus précisément, la République Togolaise maintient que le Tribunal (i) a retenu, sans explication, le montant de 3.588.451.997 de francs CFA afin de dédommager TE-GDF pour les arriérés de paiement accumulés par le secteur public pour le règlement de ses factures d'électricité, alors même que Togo Electricité avait fait valoir le montant inférieur de 3.587.757.000 dans son Mémoire ; et (ii) se contredit et ne répond pas aux arguments soulevés par la République Togolaise pour contester le quantum de sa condamnation concernant le solde des consommations du secteur privé antérieurs au 22 février 2006⁸⁴.
217. TE-GDF se réfèrent aux paragraphes 198 à 200 de la Sentence afin de réfuter la position de la République Togolaise selon laquelle le Tribunal n'aurait pas indiqué sur quels éléments il a fondé son évaluation⁸⁵ :

« Le point de départ dans l'évaluation des indemnités dues aux Demanderesses à la suite de la résiliation effectuée en fonction de l'article 57 de la Convention de Concession se trouve, comme précédemment indiqué (voir ci-dessus para. 183 (G)), autour du compte rendu des réunions qui ont eu lieu à Paris les 13, 14, 15 et 16 février 2006, c'est-à-dire juste une semaine avant la fin de la Concession.

Les hauts responsables des deux côtés et leurs consultants ont échangé aux cours des réunions en question leurs points de vue à propos de l'audit technique et de l'audit comptable et financier présentés par l'Autorité Concédante au Concessionnaire (voir les annexes (B), (C), (D) et (E) de la pièce D13). Ils avaient exprimé ainsi ce que l'on peut considérer les attentes légitimes des parties à cette période.

⁸⁴ MeD, §§ 218-235.

⁸⁵ MeR, §§ 282-286.

Les informations contenues dans lesdits documents, prises avec celles provenant plus tard du rapport du Commissaire aux Comptes pour l'exercice clos le 22 février 2006 (pièce D193) et du rapport d'Accenture en date du 11 mai 2008 (pièce D188), forment ensemble un fondement utile que le Tribunal doit prendre en considération dans la détermination de l'indemnité globale due en application de l'article 57 qui sert de base à la résiliation du 22 février 2006, à savoir :

(i) Les indemnités contractuelles prévues par les articles 57, 49.4 et 50 de la Convention de Concession (valeur nette comptable des Biens du Service Concédé financée par le Concessionnaire, et indemnité pour la reprise par le Concédant des Biens Propres du Concessionnaire laissés sur place le 22 février 2006) ;

(ii) Le solde des comptes bancaires de Togo Electricité au 22 février 2006 ; et

(iii) Les autres droits patrimoniaux qui sont devenus exigibles à cause de la résiliation du 22 février 2006 et des mesures prises par les autorités togolaises par la suite.

[...]

Selon le Rapport Définitif de la Mission d'Audit des Comptes de Togo Electricité du 15 novembre 2006 établi par CKA Audit & Conseil et adressé au Concédant (pièce D126), les comptes de Togo Electricité pour l'exercice clos le 22 février 2006 sont réguliers et sincères et donnent une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice écoulé ainsi que de la situation financière et du patrimoine de Togo Electricité à la fin de cet exercice, conformément aux principes comptables SYSCOHADA (pièce D126, p. 3). [...] »

218. Pour autant que TE-GDF comprennent que la République Togolaise considère que le Tribunal a violé l'article 28.2 de la Convention de Concession en octroyant le montant de 3.588.451.997 de francs CFA afin de dédommager TE, elles soutiennent

que « *la violation de la loi ou la mauvaise interprétation de la Convention ne constituent en aucune manière un motif d'annulation* »⁸⁶.

219. Le Comité note qu'au paragraphe 210 de la Sentence, le Tribunal a distingué entre deux catégories de sommes réclamées au titre des consommations antérieures, à savoir : (i) « *une première catégorie relative aux consommations de l'Etat togolais et aux endroits assimilés aux édifices publics* » ; et (ii) « *une deuxième catégorie concernant les autres consommations antérieures au 22 février 2006 que Togo Electricité n'a pas pu percevoir* ».

220. Au paragraphe 211, le Tribunal a tranché sur la première catégorie :

« Pour la première catégorie, dont le montant s'élève à 3.588.451.997 de francs CFA (cf. para. 56), le Tribunal considère cette somme comme une dette certaine de l'Etat togolais et qui est devenue exigible à l'extinction de la Concession. Par conséquent, cette somme doit être prise en compte dans la fixation des indemnités dues à Togo Electricité ».

221. La République Togolaise allègue que le Tribunal a retenu, « *sans explication* », le montant de 3.588.451.997 de francs CFA afin de dédommager TE. Or, au paragraphe 56 de la Sentence – paragraphe auquel le paragraphe 211 cité ci-dessus se réfère – le Tribunal a fait le calcul reproduit ci-après :

« [L]es arriérés du secteur public étaient de l'ordre de 3.588.415.997 de francs CFA (soit créance de Togo Electricité de 13.102.659.429 de francs CFA - chèques tournant non apurés de Togo Electricité de 8.566.319.363 de francs CFA - solde des redevances en attente de compensation de 947.924.069 de francs CFA) ».

222. Dès lors, le Comité rejette l'argument de la République Togolaise que le Tribunal a retenu la somme de 3.588.451.997 « *sans explication* ».

⁸⁶ MeR, § 302.

223. Ensuite, au paragraphe 212 de la Sentence, le Tribunal a tranché sur la deuxième catégorie de consommations, décidant d'octroyer 22.197.521.394 de francs CFA à Togo Electricité. A cet égard, le Tribunal a noté que « *l'unique argument* » que la République Togolaise a « *fait valoir à l'encontre de cette demande est à l'effet qu'elle n'est pas vérifiable, car elle ne serait basée que sur le rapport du commissaire aux comptes* ».
224. Selon la République Togolaise, ces développements sont contradictoires et ne répondent pas aux arguments qu'elle a soulevés pour contester le quantum de sa condamnation. Le Comité ne voit toutefois aucune contradiction dans les développements du Tribunal, et aucune n'est d'ailleurs précisée par la République Togolaise. Par ailleurs, le Tribunal a évidemment pris les arguments de l'Etat en considération, indiquant que le montant des dommages a été calculé « *en tenant compte des risques de recouvrement, par le cabinet d'audit mandaté par la [République Togolaise] elle-même* ».
225. Au vu de ce qui précède, le Comité estime qu'aucun motif d'annulation n'a été établi à l'encontre des décisions du Tribunal concernant les « autres droits patrimoniaux ».

(f) *Quant au solde des comptes bancaires de Togo Electricité au 22 février 2006 soit 1.191.141.211 de francs CFA*

226. La République Togolaise s'oppose à la décision du Tribunal de condamner la République Togolaise au paiement du « *solde des comptes bancaires de Togo Electricité au 22 février 2006 soit 1.191.141.211 de francs CFA* » et d'inclure ce montant « *dans les indemnités contractuelles dues pour le paiement à Togo Electricité* » aux motifs que (i) l'article 57 de la Convention de Concession n'envisage pas de telle compensation, et ; (ii) Togo Electricité ne réclamait pas cette somme au titre des indemnités contractuelles, mais bien au titre du préjudice subi du fait de la spoliation des actifs de Togo Electricité. La République Togolaise conclut

que l'inclusion de ce montant dans l'indemnité contractuelle est donc une décision entachée de nullité pour les motifs d'annulation déjà évoqués⁸⁷.

227. TE-GDF contestent la position de la République Togolaise. Elles s'opposent tout d'abord au moyen tiré d'un défaut de motif, notant que le Tribunal a considéré que les soldes des comptes en banque étaient des fonds propres à Togo Electricité et que « *c'est à ce titre qu'il a décidé de les inclure dans les indemnités contractuelles* ». TE-GDF remarquent que la République Togolaise n'a pas contesté le caractère des soldes des comptes dans ses écritures, et n'a suggéré le contraire que tardivement lors des plaidoiries. De plus, TE-GDF « *ne voient pas la pertinence* » de la caractérisation des soldes des comptes car « *dans tous les cas la condamnation est justifiée* ». Elles s'opposent également au grief tiré d'un excès de pouvoir manifeste parce que le Tribunal n'a pas requalifié la réclamation de Togo Electricité et, à supposer qu'il y en ait une, l'excès de pouvoir ne s'étend pas à une requalification qui, de toute façon, fait partie des pouvoirs reconnus à tout organe juridictionnel⁸⁸.
228. La décision du Tribunal concernant le solde des comptes bancaires figure aux paragraphes 203 et 204 de la Sentence, reproduits ci-après :

« Le Commissaire aux Comptes de Togo Electricité (KEKAR), dans son rapport au conseil d'administration pour l'exercice clos le 22 février 2006 (pièce D193) établit à la page 5 de son rapport que le solde en question s'élève à 1.191.141.211 de francs CFA.

Ce chiffre est confirmé par le Rapport Définitif de la Mission d'Audit des Comptes de Togo Electricité arrêtés au 22 février 2006 établi par CKA Audit & Conseil à la page 32 (pièce D126). Il n'est pas contesté et le Tribunal décide de l'inclure dans les indemnités contractuelles dues pour paiement à Togo Electricité. Cette somme faisait partie des fonds propres appartenant au Concessionnaire au jour de la résiliation, et doit par conséquent être restituée à son propriétaire ».

⁸⁷ MeD, §§ 139-140.

⁸⁸ MeR, §§ 230-239.

229. Quant à l'argument de la République Togolaise selon lequel l'article 57 de la Convention de Concession n'envisage pas la compensation octroyée, le Comité note que le Tribunal a basé son argumentation sur un autre fondement juridique et ceci dans le cadre de l'application de l'article 57 (*voir* paragraphes 177 – 202 ci-dessus). Le Comité ne pouvant réexaminer le fond de la Sentence, il n'appartient pas au Comité de revoir l'interprétation donnée à l'article 57 par le Tribunal.
230. En ce qui concerne la position de la République Togolaise selon laquelle le Tribunal a requalifié la demande, le Comité l'estime infondée. En effet, le Tribunal a reconnu dans la Sentence que Togo Electricité a réclamé le solde des comptes bancaires séparément, abordant les indemnités contractuelles proprement dites dans la Section 9.1 de la Sentence, et le solde des comptes bancaires dans sa Section 9.2. Il apparaît que le Tribunal estimait que le solde des comptes bancaires tombait sous le coup de l'article 57 (*voir* paragraphes 177 – 202 ci-dessus). Une fois de plus, il n'appartient pas au Comité de revoir l'interprétation donnée à l'article 57 par le Tribunal.
231. Par ailleurs, la République Togolaise réfute l'affirmation du Tribunal selon laquelle le chiffre de 1.191.141.211 de francs CFA « *n'est pas contesté* », au motif que le Tribunal a ignoré la position de la République Togolaise selon laquelle l'appropriation de ces comptes était nécessaire pour plusieurs raisons. A cet égard, la République Togolaise considère que la Sentence est entachée de nullité pour défaut de motifs⁸⁹.
232. TE-GDF répliquent que les allégations de la République Togolaise sont sans fondement car la République Togolaise « *n'a porté aucune critique réelle contre l'évaluation du solde des comptes bancaires durant la procédure arbitrale* ». Par

⁸⁹ MeD, §§ 219-222.

ailleurs, TE-GDF soulignent que la décision du Tribunal concernant le montant relatif au solde des comptes bancaires résulte des rapports produits dans cette procédure par Togo Electricité mais menés à la demande de l'Etat du Togo. Par conséquent, TE-GDF considèrent que le motif d'annulation invoqué par la République Togolaise est mal fondé⁹⁰.

233. Le Comité rappelle sa discussion au paragraphe 57 ci-dessus, où le Comité a noté qu'une sentence ne peut être annulée qu'au cas où le Tribunal aurait omis de statuer sur un argument crucial ou décisif pour la décision du Tribunal. Pour autant que la République Togolaise conteste (ou ait contesté) le chiffre retenu par le Tribunal, le Comité considère qu'il ne s'agit pas d'un argument crucial ou décisif que le Tribunal a pris en compte.
234. Le Comité estime donc que les moyens allégués par la République Togolaise à l'encontre des développements du Tribunal concernant le solde des comptes bancaires doivent être rejetés.

3. La Conclusion

235. Il ressort de ce qui précède que le Comité rejette la demande d'annulation de la Sentence en raison de la décision du Tribunal concernant les indemnités « extracontractuelles » car elle n'est entachée de nullité pour aucun motif d'annulation.

D. Motifs relatifs à la non-compensation

236. D'après la République Togolaise, la Sentence est entachée de nullité pour les motifs d'annulation énumérés au paragraphe 77 ci-dessus en raison de la décision du Tribunal au point 2 du dispositif de juger que les sommes dues à Togo Electricité

⁹⁰ MeR, §§ 272-276.

« ne sont pas compensables avec d'autres sommes que Togo Electricité pourrait devoir à [la République Togolaise] dans le cadre d'autres actions ». Le Comité examinera cette question dans les paragraphes ci-après.

1. La Position respective des Parties

237. La République Togolaise souligne que, au point 2 du dispositif de la Sentence, le Tribunal a décidé que les sommes que la République Togolaise a été condamnée à payer à Togo Electricité ne seraient pas « *compensables avec d'autres sommes que Togo Electricité pourrait devoir à la République Togolaise dans le cadre d'autres actions* » (soulignement ajouté par la République Togolaise).
238. La République Togolaise note que Togo Electricité demandait uniquement au Tribunal « *que soit prohibée toute possibilité de compensation par l'Etat Togolais des sommes qu'il serait condamné à verser à Togo Electricité dans le cadre du présent arbitrage* » (soulignement ajouté par la République Togolaise). La République Togolaise est d'avis que le Tribunal, en étendant son interdiction de compenser aux sommes qui pourraient être dues à la République Togolaise et en fondant sa décision sur aucune disposition, a excédé ses pouvoirs et statué *ultra petita*. La République Togolaise considère d'ailleurs que la décision du Tribunal « *témoigne une absence flagrante de motivation* », ainsi qu'une inobservation grave d'une règle de procédure car il a privé les Parties du droit de s'exprimer quant aux limites de la compensation évoquées uniquement dans la Sentence. Par ailleurs, la République Togolaise soutient que le Tribunal « *ne fournit pas non plus les raisons de sa décision* »⁹¹.
239. TE-GDF estiment que ce motif d'annulation a été invoqué pour la première fois dans le Mémoire en Demande et est irrecevable car formulé hors délai. Subsidiairement,

⁹¹ MeD, §§ 237-244.

elles considèrent ce grief infondé parce qu'il est clair que « *les sommes que [l'Etat Togolais] serait condamné à verser à Togo Electricité dans le cadre du présent arbitrage* » désignent les condamnations éventuelles de l'Etat du Togo, mais que les dettes de Togo Electricité qui auraient pu venir en compensation « *ne sont pas évoquées et a fortiori ne sont pas restreintes au cadre de l'arbitrage* »⁹². D'après TE-GDF, ce point a été soulevé devant le Tribunal à cause d'une « *mesure d'intimidation avec le contrôle fiscal où l'Etat du Togo avait signifié à Togo Electricité un redressement pour un montant très important* »⁹³.

240. Lors de l'audience, TE-GDF ont apporté les précisions reproduites ci-après⁹⁴ :

« **Me Ch. Baude-Textidor.** – [...] »

Toute la question de savoir à quoi se rapporte “dans le cadre du présent arbitrage”, manifestement, si l'on fait une interprétation correcte de cette phrase, cela se rapporte uniquement aux condamnations de l'Etat togolais. Donc pas de compensation avec n'importe quelle autre dette qu'aurait Togo Electricité. Cela ne l'exclut absolument pas. »

2. L'Analyse du Comité

241. Le Comité examinera la question de la recevabilité des motifs invoqués dans le Mémoire en Demande (a), avant d'étudier, le cas échéant, le bien-fondé de ces motifs (b).

(a) *La Recevabilité*

242. TE-GDF allèguent que ce grief a été invoqué pour la première fois dans le Mémoire en Demande et, formulé hors délai, est irrecevable. La République Togolaise n'a pas

⁹² MeR, §§ 306-312.

⁹³ Tr. 22 avril 2011 p. 44.

⁹⁴ Tr. 22 avril 2011 p. 45.

répondu directement à cette objection précise lors de l'audience, mais a formulé les commentaires généraux qui figurent au paragraphe 87 ci-dessus.

243. Le Comité note que les moyens allégués par la République Togolaise se rapportent à un prétendu excès de pouvoir manifeste. Ce motif d'annulation ayant été évoqué dès la Demande en Annulation, la République Togolaise avait le droit de développer son argumentation sur ce grief par la suite, conformément à la décision du Comité exposée aux paragraphes 86 – 90 ci-dessus.

244. Par conséquent, le Comité considère recevables les moyens allégués dans cette Section.

(b) *Sur le fond*

245. Selon la République Togolaise, le point 2 du dispositif de la Sentence, reproduit au paragraphe 8 ci-dessus, est entaché de nullité pour les motifs d'annulation énumérés au paragraphe 77 ci-dessus.

246. Le Comité commencera par l'examen du moyen allégué d'un excès de pouvoir manifeste. Le Comité considère que la décision du Tribunal découle de son pouvoir de « statue[r] sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties » en vertu de l'article 42(1) de la Convention CIRDI. Néanmoins, le Comité considère que la République Togolaise, en invoquant la possibilité que le Tribunal ait statué *ultra petita*, soulève la question de savoir si le Tribunal a pris sa décision conformément aux règles de droit applicables.

247. Le Comité estime que le Tribunal n'a pas statué *ultra petita*. La demande telle que formulée par Togo Electricité et la décision du Tribunal dans la Sentence sont les deux facettes d'une même question. En effet, la demande est rédigée en termes des sommes que Togo Electricité pouvait recevoir, tandis que la Sentence est rédigée en termes des sommes que la République Togolaise pouvait retenir. Par conséquent, le

Comité considère que le Tribunal a manifestement agi dans les limites des ses pouvoirs et rejette le moyen allégué d'un excès de pouvoir manifeste.

248. Le Comité procédera maintenant à l'examen du grief tiré d'un défaut de motifs.
249. Le Comité note que la décision au point 2 du dispositif est discuté au paragraphe 232 de la Sentence, sous la rubrique « *Intérêts et devise* ». Dans ce paragraphe, le Tribunal a répondu dans l'affirmative à la demande de Togo Electricité de condamner la République Togolaise de manière qu'elle ne compense pas ses condamnations dans le cadre de cet arbitrage par des dettes de Togo Electricité en dehors de cette procédure. Dès lors, le Comité considère que le Tribunal a indiqué dans sa discussion la raison pour laquelle la décision au point 2 du dispositif y figure. Il n'appartient pas au Comité de juger si cette motivation est « adéquate », « suffisante » ou « élaborée ». Par conséquent, le Comité considère que ces développements ne sont pas entachés de nullité pour défaut de motifs.

3. La Conclusion

250. Il ressort de ce qui précède que le Comité rejette la demande d'annulation de la Sentence en raison de la décision du Tribunal concernant la non-compensation car elle n'est entachée de nullité pour aucun motif d'annulation.

VIII. LA CONCLUSION

251. Au vu de ce qui précède, le Comité décide de rejeter le recours en annulation dans sa totalité, déterminant que la Sentence n'est entachée de nullité ni pour défaut de motifs, ni pour excès de pouvoir manifeste.
252. Par ailleurs, le Comité réitère que même s'il avait déclaré recevable le motif d'une inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure, il l'aurait déclaré non fondé (*voir* paragraphe 76 ci-dessus).
253. En raison de la décision du Comité de rejeter la Demande en Annulation dans sa totalité, il n'a pas lieu de maintenir la suspension de l'exécution de la Sentence. Par conséquent, la suspension, ordonnée par le Comité le 31 janvier 2011, est levée.

IX. LES FRAIS

254. La République Togolaise demande au Comité de condamner TE-GDF à supporter la charge de tous les honoraires et frais encourus à l'occasion de la présente procédure en annulation, pour un total de 634.801,94 €⁹⁵.
255. Pour leur part, TE-GDF sollicitent la condamnation de la République Togolaise au paiement de l'ensemble des honoraires et frais de la procédure en annulation. A cet égard, Togo Electricité réclame 341.285,02 € et GDF-Suez Energie Services réclame 200.000 €⁹⁶.

⁹⁵ MeD, § 269 ; Lettre de la République Togolaise en date du 2 mai 2011.

⁹⁶ MeR, p. 87 ; Lettres de TE-GDF en date du 2 mai 2011.

256. Le Comité se réfère au Chapitre VI de la Convention CIRDI, intitulé « *Des frais de procédure* », et plus précisément à son article 61, reproduit ci-après :

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

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

257. Il ressort du texte cité ci-dessus qu'à la différence d'une procédure de conciliation, les frais encourus pendant une procédure d'arbitrage ne sont pas d'office partagés entre les parties. Au contraire, le tribunal doit décider des modalités de répartition et de paiement.

258. L'article 53 du Règlement d'arbitrage, intitulé « *Règles de procédure* », prévoit que les dispositions du Règlement d'arbitrage « *s'appliquent mutatis mutandis à toute procédure relative à [...] l'annulation d'une sentence* ».

259. Par conséquent, le Comité possède les mêmes pouvoirs qu'un tribunal arbitral pour décider des modalités de répartition et de paiement des frais de procédure.

260. L'ensemble des demandes de la République Togolaise ayant été rejeté, le Comité décide de mettre à charge de la République Togolaise la totalité des frais de la procédure en annulation (c'est-à-dire les honoraires et frais des membres et de l'assistante du Comité et les redevances dues pour l'utilisation du Centre, tels qu'ils seront déterminés et notifiés ultérieurement par le Centre, ainsi que tous les frais de conseil (à savoir, ses propres frais, ainsi que ceux de TE-GDF).

261. En conséquence, le Comité condamne la République Togolaise à rembourser la somme de 341.285,02 € à Togo Electricité et de 200.000 € à GDF-Suez Energie Services. Le Comité considère d'ailleurs que les frais exposés par ces parties pour leur défense sont raisonnables et suffisent à couvrir également les frais exposés pour la soumission de la Notes en Délibéré et des Observations Complémentaires ainsi que les Réponses à celles-ci.

X. LE DISPOSITIF

PAR CES MOTIFS, le Comité *ad hoc* décide que :

- (1) La Demande en Annulation datée du 27 octobre 2010, émanant de la République Togolaise dans l'affaire CIRDI n° ARB/06/07 entre Togo Electricité et GDF-Suez Energie Services et la République Togolaise est rejetée.
- (2) La suspension de l'exécution de la Sentence, ordonnée le 31 janvier 2011, est levée.
- (3) La République Togolaise remboursera 341.285,02 € à Togo Electricité et 200.000 € à GDF-Suez Energie Services, représentant les frais de défense raisonnables auxquels elles ont été exposées dans le cadre de cette procédure en annulation.

/ signé /

Sir Franklin Berman, QC
Membre du Comité
Date : / 30 août 2011 /

/ signé /

M. le Professeur Rolf Knieper
Membre du Comité
Date : / 05 septembre 2011 /

/ signé /

M. le Professeur Albert Jan van den Berg
Président du Comité
Date : / 06 septembre 2011 /