

CENTRE INTERNATIONAL POUR LE REGLEMENT DES DIFFERENDS
RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS

AFFAIRE CIRDI N° ARB/17/18

(Procédure en annulation)

DANS LA PROCEDURE EN ANNULATION ENTRE :

LA REPUBLIQUE DE MADAGASCAR

Requérante

-et-

(1) (DS)2 S.A.

(2) PETER DE SUTTER

(3) KRISTOF DE SUTTER

Défendeurs

OPINION DISSIDENTE DE M. GABRIEL BOTTINI

14 octobre 2022

I. INTRODUCTION

1. Bien que je souscrive à la plupart des motifs et conclusions exprimés dans la Décision sur la demande en annulation, je suis en désaccord avec mes éminents collègues sur un point fondamental concernant l'une des objections à la compétence soulevée par la République de Madagascar (« **Madagascar** » et, dans la présente instance en annulation, la « **Requérante** ») dans le cadre de l'arbitrage. La raison en est qu'il est manifeste que le Tribunal n'a pas statué sur l'objection à la compétence qu'a soulevée Madagascar sur le fondement de l'existence d'une convention d'arbitrage en vertu du règlement de la Chambre de commerce internationale (« **CCI** ») qui, aux dires de Madagascar, interdisait aux demandeurs à l'arbitrage de recourir à un arbitrage CIRDI pour l'intégralité du litige.
2. L'annulation d'une sentence arbitrale est un sujet grave, tout comme une allégation affirmant qu'un tribunal arbitral est incompétent. Quel que soit le bien-fondé d'une objection à la compétence,¹ le tribunal arbitral doit se prononcer sur l'objection avant d'exercer sa compétence. L'examen des objections à la compétence n'est pas laissé à la discrétion des tribunaux arbitraux, mais constitue un aspect impératif de leur mandat.
3. En l'espèce, les Parties ne contestent pas qu'un tribunal arbitral commet un excès de pouvoir s'il s'abstient de statuer sur une objection à la compétence soulevée par l'une des parties.² Pour les raisons exposées ci-après, le défaut de décision sur une objection à la compétence et l'excès de pouvoir du Tribunal sont manifestes dans la présente affaire. Il en résulte que le Comité aurait dû annuler la Sentence.

II. LA DEMANDE D'ANNULATION³

A. OBJECTIONS A LA COMPETENCE SOULEVEES PAR MADAGASCAR DU FAIT DE L'ARBITRAGE CCI

4. Madagascar a contesté la compétence du tribunal arbitral, notamment, sur le fondement de l'article 12(3) de l'Accord entre l'Union Économique Belgo-Luxembourgeoise et la République de Madagascar concernant l'encouragement et la protection réciproques des

¹ Compte tenu de l'objet d'une instance en annulation en vertu de la Convention CIRDI, je n'exprime aucun avis quant au bien-fondé de l'objection à la compétence dont il est question.

² Cf. Demande en Annulation et de Suspension d'Exécution d'une Sentence, § 34 (« N'ayant pas examiné l'exception d'incompétence de la Demanderesse, le Tribunal a par conséquent manifestement excédé ses pouvoirs, à la fois pour défaut d'exercice de sa compétence à examiner ladite exception d'incompétence, et pour s'être déclaré compétent alors qu'il ne l'était pas. ») ; et Contre-Mémoire des défendeurs à l'annulation (le « **Contre-Mémoire** »), § 47 (« S'agissant de questions de compétence, il est patent qu'un tribunal arbitral doit se prononcer sur la demande qui lui est soumise. Il excède son pouvoir s'il ne tranche pas une question posée par les parties, alors qu'il était compétent pour le faire. »).

³ J'aborde uniquement le moyen d'annulation soulevé par Madagascar que le Comité désigne sous l'expression « Question de la Compétence » (cf. Décision sur l'annulation, §§ IV.B et V.A). À l'instar du Comité, je suis d'avis que les autres moyens d'annulation qu'a soulevés Madagascar doivent être rejetés pour les motifs énoncés dans la Décision sur l'annulation.

investissements (le « **TBI** ») et compte tenu du fait que les Défendeurs dans la présente procédure d'annulation (les « **Défendeurs** ») avaient initié un arbitrage CCI à l'encontre de Madagascar, avant de se tourner vers le CIRDI.⁴ Comme l'a expliqué le Comité, « [s]elon le moyen invoqué à titre principal par la Requérante devant le Tribunal, les Défendeurs avaient exercé un choix d'instance en recourant à l'Arbitrage CCI et ils n'étaient pas en droit de soumettre leur différend au Tribunal » (l'« **Objection CCI Principale** »).⁵

5. Madagascar a fait valoir que l'article 12(3) du TBI donnaient aux Défendeurs le choix entre un arbitrage CCI et un arbitrage CIRDI, mais que ce choix était exclusif et qu'une fois opéré, il devait être respecté.⁶ Selon les mots employés par Madagascar dans le cadre de l'arbitrage :

Madagascar a exprimée une offre d'arbitrage générale portant sur « *Tout différend relatif aux investissements* » survenant entre elle et les demandeurs. Les demandeurs l'ont acceptée sans limite et sans réserve. Ils ont choisi pour régler leur litige avec l'État de Madagascar l'arbitrage CCI. Ainsi, dans la requête d'arbitrage CCI qu'ils ont introduit et sous la rubrique « convention d'arbitrage », les demandeurs affirment que « leur demande repose sur l'article 11.2 et 3. du TBI. Ils ont accepté ainsi l'arbitrage de la CCI sans limite et sans réserve en répondant à l'offre générale par une acceptation générale. Un accord arbitral sur le recours à la CCI a été formé. Cet accord porte sur « tout différend relatifs aux investissements » entre les requérants et l'État de Madagascar. Cet accord est toujours valable et n'a pas été affecté par l'annulation de la sentence. Il doit être respecté.⁷

6. À titre subsidiaire, Madagascar a soutenu que le tribunal CIRDI n'était pas compétent pour trancher le grief qui avait été soumis à l'arbitrage CCI (le « **Objection CCI Subsidiaire** »). Selon Madagascar, le Tribunal CIRDI devait

se déclarer incompétent pour examiner les chefs de demandes déjà soumis à la CCI sur la régularité du pourvoi dans l'intérêt de la loi. Les demandeurs d'ailleurs reconnaissent sans aucune ambiguïté que cette question est visé par la convention d'arbitrage visant la CCI.⁸

B. L'ANALYSE DU TRIBUNAL

1. La Décision sur la Bifurcation

7. Comme l'a indiqué le Comité, le Tribunal a, dans son Ordonnance de Procédure N° 3 du 24 avril 2018 (la « **Décision sur la Bifurcation** »), synthétisé les objections à la compétence soulevées par Madagascar sur le fondement des articles 12(2) (relatif à l'effet

⁴ Cf. Requête de Bifurcation, §§ 36–40 ; Contre-mémoire soumis par la République de Madagascar, §§ 582–608 ; Mémoire en duplique soumis par la République de Madagascar, §§ 585–604.

⁵ Décision sur la demande en annulation, § 44.

⁶ Contre-mémoire soumis par la République de Madagascar, §§ 582–583.

⁷ Contre-mémoire soumis par la République de Madagascar, § 586 (note de bas de page omise).

⁸ Mémoire en duplique soumis par la République de Madagascar, § 604 (note de bas de page omise).

des procédures devant les tribunaux malgaches) et 12(3) du TBI (relatif à l'effet de l'arbitrage CCI antérieur) :

v. L'incompétence en raison de la violation de l'exclusivité du recours

La Défenderesse explique que l'article 12(2) du TBI subordonne le consentement de l'État à la condition que le litige n'ait pas été soumis à la juridiction de l'État où l'investissement a été réalisé. En l'espèce, les Demandeurs poursuivent dans le présent arbitrage « le même intérêt et le même préjudice » que celui dont les juridictions malgaches ont été saisies. En effet, la société PGM continue les procédures contentieuses locales et « pourrait obtenir gain de cause ». Par ailleurs, les Demandeurs violent l'exigence d'exclusivité posée à l'article 26 de la Convention CIRDI, violation qui ferme l'accès à l'arbitrage CIRDI et conduit à l'incompétence du Tribunal.

vi. L'incompétence en raison de l'existence d'un accord bilatéral attribuant compétence à la CCI malgré l'annulation

D'après la Défenderesse, les Demandeurs ont déjà soumis leur litige à la CCI en vertu de l'article 12(3) du TBI qui accorde un « choix exclusif ». Ce choix emporte l'incompétence du CIRDI, nonobstant l'annulation de la sentence CCI qui « laisse intact le consentement à l'arbitrage donné en faveur de la CCI ». À titre subsidiaire, le Tribunal devrait se déclarer incompétent pour examiner « les chefs de demandes déjà soumis à la CCI sur la régularité du pourvoi dans l'intérêt de la loi et le traitement devant les juridictions malgaches ».⁹

8. Dans son analyse pour apprécier l'opportunité d'une bifurcation, le Tribunal a une nouvelle fois clairement opéré une distinction entre l'Objection CCI Principale et l'Objection CCI Subsidiaire :

Selon la Défenderesse, l'article 12(3) du TBI aménage un choix exclusif que les Demandeurs ont déjà effectué en faveur de la CCI. Ainsi, le CIRDI ne serait pas compétent pour examiner le présent litige. À titre subsidiaire, la Défenderesse estime que le Tribunal devrait se déclarer incompétent sur les demandes déjà soumises à la CCI.¹⁰

9. Toutefois, après avoir relevé qu'« à première vue », l'Arbitrage CCI et l'Arbitrage CIRDI avaient des objets différents,¹¹ le Tribunal a conclu que ni l'Objection CCI Principale ni l'Objection CCI Subsidiaire ne justifiaient une bifurcation :

Dans ces circonstances, une bifurcation n'apparaît pas propre à promouvoir l'efficacité de la procédure. Quant à l'objection subsidiaire tendant à une déclaration d'incompétence limitée aux demandes déjà soumises à la CCI, le Tribunal n'est pas en mesure de se prononcer à ce stade sur son bien-fondé. Cela étant, cette objection – à supposer qu'elle prospère – n'aboutirait pas à une réduction substantielle de l'objet du litige.¹²

⁹ Ordonnance de Procédure N° 3, 24 avril 2018, §§ 15–16.

¹⁰ Ordonnance de Procédure N° 3, 24 avril 2018, § 53.

¹¹ Ordonnance de Procédure N° 3, 24 avril 2018, § 54.

¹² Ordonnance de Procédure N° 3, 24 avril 2018, § 56.

2. La Sentence

10. Contrairement à la Décision sur la Bifurcation, la Sentence a classé les objections à la compétence soulevées par Madagascar en cinq catégories et regroupé les objections relatives aux procédures locales et à l'arbitrage CCI dans la cinquième catégorie : « (v) Les Demandeurs violent le principe de l'exclusivité des voies de recours. »¹³ En particulier, le Tribunal a relevé que la cinquième catégorie « comporte deux volets dont le second n'affecte pas la prétendue violation de la garantie de protection et sécurité constantes. »¹⁴
11. Les paragraphes 251 et 252 de la Sentence présentent cette cinquième catégorie comme suit :

5. Objections relatives au principe du mode de règlement des différends

a. Positions des Parties

i. Position de la Défenderesse

Selon la Défenderesse, l'identité de l'intérêt ou du préjudice fournit le critère d'applicabilité de la clause d'exclusivité de l'article 12(2) du Traité. En l'espèce, le litige est essentiellement de nature contractuelle vu qu'il vise le contrat d'assurance et que les Demandeurs réclament des droits appartenant à PGM avec une demande de réparation qui correspond au préjudice subi par PGM. Les Demandeurs ne respectent d'ailleurs pas l'article 26 de la Convention CIRDI en poursuivant leur demande devant les juridictions malgaches.

La Défenderesse estime par ailleurs qu'un accord bilatéral sur le recours à la CCI existe en ce qui concerne les questions relatives à la validité du pourvoi dans l'intérêt de la loi, nonobstant l'annulation de la Sentence CCI. Les Demandeurs ne peuvent donc pas soumettre ce même litige au CIRDI vu que l'accord formé en vertu de l'article 12(3) du Traité existe toujours.¹⁵

12. La Sentence a retranscrit la position des Défendeurs quant à l'effet de l'arbitrage CCI sur la compétence du Tribunal CIRDI dans les termes suivants :

L'arbitrage CCI est distinct du présent arbitrage, selon les Demandeurs. Ni les irrégularités procédurales et substantielles commises par la Cour de cassation dans le pourvoi au fond, ni les griefs entourant la destruction de l'usine et l'absence de protection de l'État, n'étaient soumis à l'arbitre CCI. Quant à l'introduction du pourvoi dans l'intérêt de la loi, les Demandeurs estiment que l'article 12(3) laisse le libre choix à l'investisseur et que ce choix n'est pas irrévocable. D'ailleurs, Madagascar n'a pas fait état d'un préjudice découlant du choix de saisir le CIRDI.¹⁶

13. Le Tribunal a fait référence à la question de l'incidence de l'accord sur le recours à l'arbitrage CCI sur sa compétence dans deux paragraphes :

Enfin, le Tribunal n'estime pas nécessaire de se prononcer à ce stade sur la question de savoir si un accord bilatéral sur le recours à la CCI existe en ce qui concerne les questions relatives à la validité du pourvoi dans l'intérêt de la loi. La compétence étant admise pour que le Tribunal se prononce sur les violations alléguées en lien avec le pillage et la

¹³ (DS)2, S.A., *Peter de Sutter et Kristof De Sutter c. République de Madagascar*, Affaire CIRDI N° ARB/17/18, Sentence, 17 avril 2020 (la « **Sentence** »), § 115.

¹⁴ Sentence, § 117.

¹⁵ Sentence, §§ 251–252 (notes de bas de page omises).

¹⁶ Sentence, § 254 (notes de bas de page omises).

destruction de l'usine, le Tribunal traitera dans un premier temps cette prétention et déterminera ensuite s'il est nécessaire de se prononcer sur sa compétence pour traiter des autres violations alléguées en lien avec les immixtions alléguées dans la procédure judiciaire.

Pour ces raisons, et sous réserve de sa décision sur l'opportunité d'analyser la dernière objection à la compétence relative à l'existence d'un accord bilatéral CCI pour traiter le pourvoi dans l'intérêt de la loi, le Tribunal rejette les déclinatoires de compétence soulevées par la Défenderesse.¹⁷

14. Toutefois, la Sentence n'a finalement jamais analysé l'effet de l'accord sur un recours à l'arbitrage CCI sur la compétence du Tribunal. Ayant conclu que Madagascar avait violé l'obligation de Protection et Sécurité Constantes (« PSC ») prévue par le TBI, à l'occasion du pillage et de la destruction de l'usine de Mahajanga,¹⁸ le Tribunal n'a pas jugé nécessaire, au vu du principe d'économie procédurale, d'examiner les autres demandes qui n'auraient pas abouties à l'attribution de dommages et intérêts plus importants.¹⁹

C. MOYEN D'ANNULATION SOULEVE PAR MADAGASCAR CONCERNANT LA QUESTION DE LA COMPETENCE

15. Madagascar soutient que le Tribunal a commis un excès de pouvoir manifeste au sens de l'article 52(1)(b) de la Convention CIRDI, notamment en ne se prononçant pas sur son objection à la compétence, à titre principal et subsidiaire, fondée sur le consentement des Défendeurs à l'arbitrage CCI.²⁰ Selon Madagascar

The Tribunal was, obviously, free to decide the substance of Madagascar's choice of forum objection. The Tribunal was even free to reject this objection, and find that Article 12 of the BIT granted it jurisdiction over the entire dispute.

[...]

What the Tribunal was not at liberty to do, however, was to ignore the objection in its entirety. But that is precisely what it has done. The Award should be annulled because there is nothing for Madagascar to consider, respect, or contest to; there are no paragraphs to parse, no reasoning to criticise, no position to challenge. The Tribunal, quite frankly, never spelled out its interpretation of BIT Article 12(3), despite a clear debate on this issue during the proceedings.²¹

16. Dans le Mémoire en réplique sur l'annulation (la « **Réplique** »), Madagascar a ajouté que la question juridique qu'aurait dû trancher le Tribunal arbitral

could be put in the following terms: "whether the Respondents' earlier choice to arbitrate under the ICC Rules bound them to that forum". While this issue required an answer from the Tribunal, the arbitrators were free to formulate that answer with or without reference to the specific arguments debated by the parties in this respect, such as their arguments regarding the proper interpretation of Article 12(3) BIT. As was explained in

¹⁷ Sentence, §§ 262–263.

¹⁸ Sentence, §§ 283–365.

¹⁹ Sentence, §§ 468–471.

²⁰ Mémoire en Annulation (« **Mémoire** »), §§ 58–64.

²¹ Mémoire, §§ 61–62 (note de bas de page omise).

the Memorial and is reiterated in this Reply, the root of the Applicant's case is not that the Tribunal offered a disappointing answer to that legal question. It is that it failed to offer any answer and failed to resolve whether it had jurisdiction over the case.²²

17. Dans la Réplique, Madagascar a également insisté sur le fait que l'excès de pouvoir du Tribunal était manifeste, en soutenant que

there is no denying that the Tribunal did not address the choice of forum objection, let alone decide it. Whether the Tribunal side-stepped, ignored, or dramatically mischaracterized this objection is, ultimately, irrelevant.

To repeat, in the simplest terms, the Applicant's case: Madagascar invoked a crucial jurisdictional objection, the resolution of which is absent from the Award. The excess of powers could not be more manifest.²³

III. ANALYSE

A. LE DEFAUT DE DECISION RELATIVE A UNE QUESTION CONSTITUTIF D'UN EXCES DE POUVOIR MANIFESTE

18. Comme évoqué ci-dessus, les Parties à la présente affaire ne contestent pas qu'« a failure to decide a question entrusted to a tribunal may, in some circumstances, constitute an excess of powers, since the tribunal has in that event failed to fulfil the mandate entrusted to it by virtue of the parties' agreement ».²⁴ Toutefois, aux termes de l'article 52(1)(b) de la Convention CIRDI, l'excès de pouvoir doit être manifeste, ce qui, comme le relève le Comité, nécessite que l'excès de pouvoir soit « 'clair', 'ostensible', 'flagrant', ou 'évident' ».²⁵
19. De plus, il n'est pas contesté en l'espèce que, si un tribunal CIRDI se doit de traiter l'ensemble des questions qui lui sont soumises par les parties, il n'est néanmoins pas tenu de répondre à tous les arguments mis en avant par les parties.²⁶ Ceci ne se vérifie, toutefois, que « *provided of course that the arguments which it actually does consider are themselves*

²² Réplique, § 39.

²³ Réplique, §§ 78-79.

²⁴ Décision sur la demande en annulation, § 100 (citant *Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. c. République du Pérou*, Affaire CIRDI N° ARB/03/28, Décision sur l'annulation, 1^{er} mars 2011, § 97). Outre l'excès de pouvoir manifeste, le fait de ne pas traiter chacune des questions peut aussi constituer un motif d'annulation différent en vertu de l'article 52 de la Convention CIRDI. Cf. C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch et A. Sinclair, *The ICSID Convention : A Commentary* (New York : Cambridge University Press, 2^{ème} éd., 2009), pp 1017-18.

²⁵ Décision sur la demande en annulation, § 101. L'absence de décision visant à trancher une objection à la compétence est, par définition, « *substantively serious* ». De ce fait, nul n'est besoin de préciser, dans la présente opinion, si, à mon avis, le fait que l'excès de pouvoir aurait pu modifier l'issue de l'affaire puisse être une considération pertinente pour déterminer si l'excès était manifeste. Cf. *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal S.A. c. République argentine*, Affaire CIRDI N° ARB/97/3, Décision sur l'annulation, 3 juillet 2002, § 115.

²⁶ Contre-Mémoire, § 37 ; Réplique, § 13.

*capable of leading to the conclusion reached by the tribunal and that all questions submitted to a tribunal are expressly or implicitly dealt with ».*²⁷

20. L'obligation pour les tribunaux CIRDI de traiter toutes les questions qui leur sont soumises est prévue par l'article 48(3) de la Convention CIRDI. Dans l'affaire *EDF c. Argentine*, le Comité *ad hoc* a précisé que

Article 48(3) requires only that a tribunal decide every question submitted to it. A "question" within the meaning of Article 48(3) is an issue which must be decided in order to determine all aspects of the rights and liabilities of the parties relevant to the case in hand. In making its case in relation to such a question, a party may advance several distinct arguments and refer to one or more items of evidence and legal authorities in support thereof. A tribunal is not required to rule separately on each argument of law or point of fact on which the parties are in disagreement, so long as it decides the question to which those arguments relate. What does, or does not, constitute a question that has to be decided is an objective matter and not one which can be shaped by the way in which a party chooses to put its case or the emphasis which it places on any particular point.²⁸

21. Quant au sens du mot « question », après analyse des décisions rendues dans le cadre du CIRDI, Schreuer *et al* aboutissent à la conclusion suivante :

This practice makes it clear that **“question” in this context is to be understood objectively in the sense of a crucial or decisive argument.** An argument is crucial or decisive if its acceptance would have altered the tribunal's conclusions. Identification of that question or argument is objective. Such an argument may not be ignored but must be addressed by the tribunal.²⁹

22. Ainsi, au regard de l'article 48(3), une « question » est une problématique soumise au tribunal dont la détermination a une incidence sur les droits et les responsabilités des parties.³⁰ Pour déterminer si une problématique est une « question » au sens susvisé, il appartient aux tribunaux CIRDI de suivre une démarche objective, indépendamment de la manière dont les parties ont formulé le point en question.

23. Les comités *ad hoc* du CIRDI ont pris le parti de considérer que les questions pouvaient être traitées de manière explicite ou implicite. Les décisions suggèrent que

[i]f it can be implied from the reasons given why a particular argument cannot be supported, it is not necessary to address that argument explicitly. If an argument rests on premises that have been dismissed by the tribunal, the argument need not be addressed as long as the tribunal has stated reasons for dismissing the premises. Where one of several defensive arguments has been accepted and the claim has been dismissed, it may

²⁷ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal S.A. c. République argentine*, Affaire CIRDI N° ARB/97/3, Décision sur l'annulation, 3 juillet 2002, § 87 (cité dans le Mémoire, note de bas de page 35, et dans le Contre-Mémoire, § 40).

²⁸ *EDF International S.A., SAUR International S.A. et León Participaciones Argentinas S.A. c. République argentine*, Affaire CIRDI N° ARB/03/23, Décision sur l'annulation, 5 février 2016, § 346 (caractères gras ajoutés, note de bas de page omise).

²⁹ C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch et A. Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary* (New York: Cambridge University Press, 2^{ème} éd., 2009), p 1020 (caractères gras ajoutés).

³⁰ Cf. également *CDC Group plc c. République des Seychelles*, Affaire CIRDI N° ARB/02/14, Décision sur l'annulation, 29 juin 2005, § 57.

be superfluous to address the remaining arguments. The decisive criterion is whether the argument has the potential to alter the award's outcome.³¹

24. Par conséquent, au regard de ce qui nous préoccupe en l'espèce, une objection ou un moyen de défense équivalant à une « question » soumise au Tribunal au sens de l'article 48(3) de la Convention CIRDI peut être rejeté implicitement, dès lors que les motifs avancés ont trait aux prémisses sur lesquelles est fondée la question.
25. Quoiqu'il en soit, pour ce qui est des objections à la compétence en particulier, l'article 41(2) de la Convention CIRDI dispose que « [t]out déclinatoire de compétence soulevé par l'une des parties et fondé sur le motif que le différend n'est pas de la compétence du Centre ou, pour toute autre raison, de celle du Tribunal, doit être examiné par le Tribunal ». En conséquence, la combinaison des articles 41(2) et 48(3) de la Convention CIRDI a pour effet d'imposer aux tribunaux CIRDI une obligation d'examiner, mais aussi de trancher, toute objection à la compétence soulevée par une partie.³²

B. L'OBJECTION CCI PRINCIPALE SOULEVEE PAR MADAGASCAR A-T-ELLE ETE TRANCHEE ?

26. Comme noté ci-dessus, Madagascar a contesté la compétence du Tribunal sur le fondement du recours antérieur des Défendeurs à un arbitrage CCI. Le Comité a correctement présenté l'Objection CCI Principale et l'Objection CCI Subsidaire comme suit :

le Tribunal n'était pas compétent en vertu de l'article 12(3) du BIT :

108.2.1 sur le litige parce que les Défendeurs avaient déjà soumis leur différend à l'Arbitrage CCI, ce choix perdurant nonobstant l'annulation de la Sentence CCI ; ou

108.2.2 à titre subsidiaire, sur les chefs de demandes particuliers déjà soumis à l'Arbitrage CCI pour y être tranchés (lesquels ne comprenaient pas les demandes concernant la PSC).³³

27. Les arguments concernant la compétence tirés de l'arbitrage CCI qui ont été avancés par Madagascar, et reproduits ci-dessus, ont été résumés dans la Sentence au paragraphe 252 :

La Défenderesse estime par ailleurs qu'un accord bilatéral sur le recours à la CCI existe en ce qui concerne les questions relatives à la validité du pourvoi dans l'intérêt de la loi, nonobstant l'annulation de la Sentence CCI. Les Demandeurs ne peuvent donc pas soumettre ce même litige au CIRDI vu que l'accord formé en vertu de l'article 12(3) du Traité existe toujours.³⁴

28. Ici, l'objection de Madagascar est présentée comme visant un accord bilatéral en vue de recourir à un arbitrage CCI « en ce qui concerne » les questions qui avaient été soumises au tribunal arbitral de la CCI. En d'autres termes, le paragraphe lui-même ne vise que

³¹ C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch et A. Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary* (New York: Cambridge University Press, 2nd éd., 2009), p 1022 (sur la base des positions adoptées par les comités *ad hoc* dans *Klöckner I c. Cameroun*, *MINE c. Guinée*, et *Wena Hotels c. Égypte*).

³² Cf. *ibid*, p 534.

³³ Décision sur la demande en annulation, § 108.2.

³⁴ Sentence, § 252 (note de bas de page omise).

l'Objection CCI Subsidaire, et non l'Objection CCI Principale, laquelle couvrait l'intégralité du différend relatif à l'investissement, et pas uniquement les griefs particuliers soumis au tribunal CCI.³⁵

29. Par ailleurs, la note de bas de page correspondant au paragraphe 252 renvoie aux paragraphes 582 à 608 du contre-mémoire de Madagascar dans le cadre de l'arbitrage qui traitent à la fois l'Objection CCI Principale et de l'Objection CCI Subsidaire. De plus, le paragraphe 254 de la Sentence, cité ci-dessus, ainsi que les paragraphes de la réponse des Défendeurs dans le cadre de l'arbitrage, auxquels font référence les notes de bas de page du paragraphe 254, semblent énoncer la réponse globale des Défendeurs à l'Objection CCI Principale et à l'Objection CCI Subsidaire (sans, toutefois, faire expressément la distinction entre les deux).
30. Comme exposé sommairement ci-dessus, la Décision sur la Bifurcation a clairement opéré une distinction entre l'Objection CCI Principale et l'Objection CCI Subsidaire. Néanmoins, on ne discerne pas clairement dans quelle mesure le Tribunal avait conscience de la nécessité de se prononcer sur l'Objection CCI Principale, surtout au vu de la description de la position de Madagascar dans la Sentence sur l'effet de l'accord sur le recours à l'arbitrage CCI.³⁶ Quoi qu'il en soit, pour ce qui nous préoccupe, le point déterminant est de savoir si le Tribunal a statué ou non sur cette objection à la compétence.
31. La réponse à cette question se trouve, essentiellement, dans un paragraphe de la Sentence, le paragraphe 262, qui est rédigé comme suit :

Enfin, le Tribunal n'estime pas nécessaire de se prononcer à ce stade sur la question de savoir si un accord bilatéral sur le recours à la CCI existe en ce qui concerne les questions relatives à la validité du pourvoi dans l'intérêt de la loi. La compétence étant admise pour que le Tribunal se prononce sur les violations alléguées en lien avec le pillage et la destruction de l'usine, le Tribunal traitera dans un premier temps cette prétention et déterminera ensuite s'il est nécessaire de se prononcer sur sa compétence pour traiter des autres violations alléguées en lien avec les immixtions alléguées dans la procédure judiciaire.³⁷

32. Dans ce paragraphe, le Tribunal commence par déclarer qu'il n'estime pas nécessaire de statuer à ce stade sur la question de l'existence d'un accord pour recourir à la CCI « en ce qui concerne les questions relatives à la validité du pourvoi dans l'intérêt de la loi »,

³⁵ À propos de ce paragraphe, la Décision sur la demande en annulation relève ce qui suit : « Le Comité relève que, dans ce paragraphe, le Tribunal paraît avoir focalisé son résumé sur l'argument subsidiaire de la Requête relative à son objection tirée du choix du forum. » Décision sur la demande en annulation, § 113.

³⁶ Le paragraphe 117 de la Sentence fait aussi naître de sérieux doutes à cet égard. Ce paragraphe indique que la cinquième objection à la compétence qui, selon la classification établie par la Sentence regroupait les objections relatives aux procédures locales et à l'arbitrage CCI, « comporte deux volets dont le second n'affecte pas la prétendue violation de la garantie de protection et sécurité constantes ». Puisque l'objection tirée des procédures locales s'appliquait de toute évidence à l'ensemble des griefs soumis au tribunal CIRDI (cf. Sentence, §§ 258–261), la Sentence semble dire que l'objection tirée de l'arbitrage CCI n'affecte pas le grief relatif à l'obligation de protection et de sécurité constantes, ce qui ne valait que pour l'Objection CCI Subsidaire, mais pas pour l'Objection CCI Principale.

³⁷ Sentence, § 262.

lesquelles correspondent aux problématiques soumises au tribunal CCI.³⁸ Là encore, la Sentence vise uniquement l'Objection CCI Subsidaire, tout en passant totalement sous silence l'Objection CCI Principale.

33. En outre, les Parties ont beaucoup débattu du sens du début de la deuxième phrase du paragraphe 262 : « La compétence étant admise pour que le Tribunal se prononce sur les violations alléguées en lien avec le pillage et la destruction de l'usine... » Je considère, à l'instar du Comité, que le Tribunal voulait ainsi exprimer qu'il avait déjà décidé qu'il était compétent pour statuer sur cette demande en particulier.³⁹ Néanmoins, en supposant que le Tribunal avait conscience de la nécessité de se prononcer à la fois sur l'Objection CCI Principale et sur l'Objection CCI Subsidaire, comment a-t-il pu affirmer que sa compétence avait été établie sur une demande particulière, alors que l'Objection CCI Principale visait la compétence globale du Tribunal ? Puisque les conséquences de l'arbitrage CCI antérieur sur la compétence n'avaient pas encore été examinées, il n'y a tout bonnement aucun élément qui permette de laisser penser que l'Objection CCI Principale avait déjà été tranchée, pas même implicitement.
34. Le paragraphe 262 de la Sentence précise ensuite que le Tribunal commencerait par examiner la demande pour lequel il s'était déjà déclaré compétent (à savoir la demande non soumise à l'arbitrage CCI), avant d'apprécier s'il était nécessaire de se prononcer sur sa compétence sur les autres demandes. Le paragraphe 263 de la Sentence confirme ce point, puisque le Tribunal rejette les objections à la compétence soulevées par Madagascar « sous réserve de sa décision sur l'opportunité d'analyser la dernière objection à la compétence relative à l'existence d'un accord bilatéral CCI pour traiter le pourvoi dans l'intérêt de la loi » (une fois encore, en visant clairement la seule Objection CCI Subsidaire).
35. Comme déjà évoqué, pour des raisons d'économie procédurale, le Tribunal n'a finalement pas jugé nécessaire d'analyser l'effet du prétendu accord sur le recours à l'arbitrage CCI sur sa compétence. Les arguments fondés sur l'arbitrage CCI n'ont apparemment pas eu d'incidence sur la demande relative à la PSC, que le Tribunal a accueillie, et une analyse des autres griefs n'auraient pas donné lieu à l'attribution de dommages et intérêts plus importants.⁴⁰
36. Puisque la Sentence n'examine jamais de manière explicite l'Objection CCI Principale, et a fortiori ne statue pas sur celle-ci, est-il possible de conclure que cette objection à la compétence a, en quelque sorte, été tranchée implicitement ? De mon point de vue, absolument rien ne permet de conclure que l'Objection CCI Principale a été implicitement tranchée, pour les raisons énoncées ci-après.
37. Premièrement, le motif d'économie procédurale avancé dans la Sentence pour justifier l'absence de décision sur l'effet du prétendu accord sur le recours à l'arbitrage CCI était tout simplement inapplicable à l'Objection CCI Principale. Il était peut-être inutile de

³⁸ Cf. Décision sur la Bifurcation, §§ 16, 27.

³⁹ Décision sur la demande en annulation, § 113. Cf. également Contre-Mémoire, § 102.

⁴⁰ Sentence, §§ 468–471.

statuer sur une objection à la compétence visant uniquement certaines demandes, comme dans le cas de l'Objection CCI Subsidaire, alors que les demandes en cause n'auraient pas abouti à l'attribution de dommages et intérêts plus importants. Toutefois, l'Objection CCI Principale englobait l'ensemble des demandes soumises au Tribunal, en ce compris celle concernant l'obligation de PSC tranché par le Tribunal. En conséquence, puisque le motif d'économie procédurale invoqué dans la Sentence pour refuser de statuer sur le l'Objection CCI Subsidaire ne s'appliquait pas à l'Objection CCI Principale, ce raisonnement n'a pas pu être implicitement mis en œuvre concernant cette dernière objection.

38. Deuxièmement, l'Objection CCI Principale (tout comme l'Objection CCI Subsidaire) avait pour fondement l'article 12(3) du TBI. Selon Madagascar, aux termes de cette disposition, le choix fait par les Défendeurs d'initier un arbitrage CCI était définitif et leur interdisait de recourir par la suite à un arbitrage CIRDI. La Sentence ne s'est pas penchée sur le sens de l'article 12(3), ce qui peut paraître conforme à la conclusion du Tribunal selon laquelle il n'était pas nécessaire de statuer sur l'Objection CCI Subsidaire. Néanmoins, l'absence de toute interprétation de cette disposition sur laquelle s'appuyait l'Objection CCI Principale empêche également de conclure que cette objection a été traitée de manière implicite.
39. En ce qui concerne l'article 12(3) du TBI, je ne peux pas souscrire à la suggestion du Comité que « la logique appliquée par le Tribunal pour rejeter la cinquième objection à la compétence formulée par la Requêteur, a conduit le Tribunal à rejeter la sixième objection à la compétence soulevée par la Requêteur ». ⁴¹ La cinquième objection de Madagascar, ainsi que l'analyse de celle-ci par le Tribunal, s'appuyaient sur l'article 12(2) du TBI, et non son article 12(3). De plus, une partie au moins des motifs invoqués par le Tribunal pour rejeter la cinquième objection à la compétence ⁴² n'était pas applicable à la sixième objection, ne serait-ce que parce que les parties aux arbitrages CCI et CIRDI étaient partiellement les mêmes et que ces deux arbitrages comportaient des demandes fondées sur le TBI.
40. Troisièmement, au regard des articles 41(2) et 48(3) de la Convention CIRDI, la simple affirmation de sa compétence par le Tribunal ne peut être assimilée au rejet implicite d'une objection à la compétence que la Sentence ne traite même pas, surtout si, comme en l'espèce, les motifs avancés ne s'appliquent pas à l'objection qui n'a pas été examinée. Dans le cas contraire, il ne resterait pas grand-chose de l'obligation incombant aux tribunaux CIRDI d'examiner et de statuer sur les objections à la compétence. ⁴³

⁴¹ Décision sur la demande en annulation, § 132.

⁴² Cf. Sentence, §§ 258–261.

⁴³ Cf. également *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. République arabe d'Égypte*, Affaire CIRDI N° ARB/84/3, Décision sur la compétence, 14 avril 1988, § 63 (« *Clearly, then, there is no presumption of jurisdiction – particularly where a sovereign State is involved – and the Tribunal must examine Egypt's objections to the jurisdiction of the Centre with meticulous care, bearing in mind that jurisdiction in the present case exists only insofar as consent thereto has been given by the Parties.* ») ; *AIG Capital Partners, Inc. et CJSC Tema Real Estate Company Ltd. c. La République du Kazakhstan*, Affaire CIRDI N° ARB/01/6, Sentence, 7 octobre 2003, §

41. La Décision sur la Demande en annulation, cependant, affirme que « la déclaration du Tribunal au paragraphe 262 de la Sentence selon laquelle il était établi que le Tribunal avait compétence au moins pour se prononcer sur les demandes relatives à la PSC était une décision implicite rejetant l'objection générale tirée de l'existence d'un accord continue sur un recours à l'arbitrage CCI qui excluait toutes autres demandes. »⁴⁴ Le Comité estime donc que l'Objection CCI Principale a été rejetée de manière implicite. Bien que, comme indiqué précédemment, le Tribunal n'avait pas pris en compte cette objection, le Comité semble dire qu'en affirmant sa compétence pour connaître d'une demande spécifique, la Sentence a du rejeter de manière implicite une objection générale à la compétence affectant la compétence du Tribunal dans son ensemble.⁴⁵
42. Il y a sans doute une contradiction logique entre affirmer sa compétence pour connaître d'une demande spécifique et une objection à la compétence s'appliquant à toutes les demandes. Néanmoins, si ce genre de raisonnement était suffisant pour satisfaire l'obligation qu'ont les tribunaux CIRDI de prendre en compte et de traiter les objections à la compétence, ces tribunaux pourraient simplement se prononcer sur une objection spécifique à la compétence et affirmer leur compétence, sans avoir à prendre en compte toute autre objection générale à la compétence qui aurait pu être soulevée (même si ces autres objections étaient sans aucun lien avec l'objection spécifique qui a été tranchée). En outre, les tribunaux CIRDI pourraient simplement affirmer leur compétence et se prononcer sur le fond sans prendre en compte aucune objection à la compétence, générale ou spécifique, puisqu'en se prononçant sur le fond, le tribunal pourrait être considéré comme rejetant de manière implicite toute objection à sa compétence.
43. Ce raisonnement est en contradiction avec l'approche utilisée par les comités *ad hoc* CIRDI concernant les allégations relatives au traitement indirect ou implicite de questions.⁴⁶ Si tant est que le rejet implicite d'une objection à la compétence puisse être compatible avec les articles 41(2) et 48(3) de la Convention CIRDI, il devrait au moins être possible de déduire des motifs donnés dans la sentence les raisons pour lesquelles l'objection à la compétence ne peut être retenue.⁴⁷ Si une objection à la compétence n'est pas tranchée de manière explicite, ce que le Comité admet être le cas ici, et que les motifs indiqués ne

9.2 (« *Objections to the jurisdiction of an adjudicatory body cannot be ignored, if raised during the arbitral proceedings – delay notwithstanding.* »).

⁴⁴ Décision sur la Demande en annulation, § 124.

⁴⁵ Cette suggestion n'est toutefois pas cohérente avec la manière dont le Tribunal a traité les objections « générales » à la compétence (autres que l'Objection CCI Principale), qui ont toutes été expressément prises en compte et tranchées. Cf. Sentence, §§ 151–196 (objections *ratione personae*), 197-233 (objections *ratione materiae*) et 234-239 (prétendue absence de relation directe entre le litige et l'investissement).

⁴⁶ C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch and A. Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary* (New York: Cambridge University Press, 2nd ed., 2009), pp 1020-1023

⁴⁷ *Ibid.*, p. 1022. La Décision sur la Demande en annulation indique que « l'opinion dissidente de M. Bottini se focalise principalement sur ce qu'il considère être une absence de motifs suffisants. » Décision sur la Demande en annulation, §125. Respectueusement, je suis en désaccord. Compte tenu de la conclusion du Comité selon laquelle l'Objection CCI Principale a été implicitement rejetée et que les motifs donnés au sujet d'une autre objection font référence de manière implicite à l'Objection CCI Principale, les paragraphes qui suivent montrent que ces motifs sont sans importance au regard de l'Objection CCI Principale et ne traitent donc pas de cette dernière. Je n'exprime aucune opinion sur le caractère suffisant des motifs donnés par le Tribunal, et encore moins sur leur caractère adéquat.

traitent pas, d'une manière ou d'une autre, l'objection, toute conclusion qu'un tribunal CIRDI a satisfait à son obligation (incontestée) de prendre en compte et de traiter les objections à la compétence est simplement sans fondement.

44. Le Comité indique que les motifs de la décision implicite concernant l'Objection CCI Principale « sont présents, bien qu'implicites ». ⁴⁸ Selon le Comité, s'il eut été fortement préférable que le Tribunal exprime explicitement que l'arbitrage CCI était distinct de l'arbitrage CIRDI, « il apparaît qu'ayant développé une analyse largement similaire concernant la cinquième objection à la compétence dans les quatre paragraphes qui la précèdent immédiatement, le Tribunal n'a pas estimé nécessaire de répéter ce processus. » ⁴⁹
45. Je suis en désaccord avec les conclusions du Comité, pour les raisons suivantes.
46. En premier lieu, le raisonnement du Comité nécessite que l'on présume que le Tribunal non seulement a estimé comme inutile, en traitant l'Objection CCI Principale, de répéter l'analyse conduite en lien avec une autre objection, mais a aussi estimé inutile de ne ce serait-ce que faire référence à cette analyse.
47. En second lieu, ce que le Comité désigne comme « la cinquième objection à la compétence » visait l'effet de procédures locales au fondement contractuel et de l'article 12(2) du TBI sur la compétence du Tribunal CIRDI. En revanche, l'Objection CCI Principale reposait sur l'arbitrage CCI fondé sur le traité et l'article 12(3) du TBI. Malgré ces différences, et tout en reconnaissant que la question relative à l'(absence d') identité de parties entre les procédures locales et la procédure CIRDI, incluse dans l'analyse de la « cinquième objection à la compétence », ne s'appliquait pas directement à l'Objection CCI Principale, ⁵⁰ le Comité conclut que « une analyse largement similaire » s'appliquait concernant les deux objections. ⁵¹
48. Toutefois, si l'on présumait que l'analyse de l'objection à la compétence fondée sur les procédures locales s'appliquait de manière implicite à l'Objection CCI Principale, il faudrait ignorer le fait que les fondements juridiques des deux objections étaient différents, c'est-à-dire les articles 12(2) et 12(3) du TBI, respectivement, ⁵² et que les fondements juridiques des procédures auxquelles la procédure CIRDI devait être comparée dans chaque objection étaient aussi différents, c'est-à-dire un contrat dans le cas de la « cinquième objection à la compétence » et un traité dans le cas de l'Objection Principale à la CCI. Il s'agit bien entendu de différences fondamentales, ⁵³ ce qui rend impossible de conclure que l'analyse de l'objection reposant sur les procédures locales s'appliquait de manière

⁴⁸ Décision sur la Demande en annulation, § 125.

⁴⁹ Décision sur la Demande en annulation, § 126.

⁵⁰ Décision sur la Demande en annulation, § 127.

⁵¹ Décision sur la Demande en annulation, § 126.

⁵² Si le Tribunal, comme précédemment indiqué, n'a jamais analysé l'article 12(3) du TBI, il a bien analysé l'article 12(2). Cf. Sentence, § 258.

⁵³ En ce qui concerne la seconde différence, James Crawford a affirmé : « No issue in the field of investment arbitration is more fundamental, or more disputed, than the distinction between treaty and contract ». Crawford, James, 'Treaty and Contract in Investment Arbitration' (2008) 24 *Arbitration International* 351, p 351.

implicite à l'Objection CCI Principale. Il est dès lors manifeste qu'aucun raisonnement inclus dans la Sentence ne traite de l'Objection CCI Principale.

49. La Décision sur la Demande en annulation ne traite pas du fait que l'objection relative aux procédures malgaches était fondée sur une disposition du TBI autre que celle sur laquelle l'Objection CCI Principale était fondée. Elle indique également que les observations dans la présente opinion dissidente sur la distinction entre demandes contractuelles et demandes fondées sur le traité ne change en rien son analyse car cette distinction « était sans pertinence pour l'application du test des trois identités adopté par le Tribunal au regard de la nature des demandes en question. »⁵⁴ Toutefois, la Sentence a expressément pris en considération la distinction demandes contractuelles/demandes fondées sur un traité en se prononçant sur les objections relatives aux procédures locales⁵⁵ et l'on voit mal comme le test des trois identités pourrait être appliqué en arbitrage d'investissement sans prendre en considération les fondements juridiques des demandes qui sont comparées.⁵⁶ Par conséquent, il ne reste que peu à dire à propos de ces deux différences cruciales entre les deux objections, qui rend l'analyse, dans la Sentence, de l'objection relative aux procédures locales, inapplicable à l'Objection CCI Principale (puisque, par ailleurs, rien n'indique dans la Sentence que cette analyse devait aussi s'appliquer à ladite objection.)
50. De plus, la distinction entre questions et arguments n'est pas déterminante au cas présent. Il ne peut guère être mis en doute qu'une objection à la compétence soit une question au sens de l'article 48(3) de la Convention CIRDI, dans la mesure où « *[it] is an issue which must be decided in order to determine all aspects of the rights and liabilities of the parties* ». ⁵⁷ En outre, l'Objection CCI Principale et l'Objection CCI Subsidiaire comportent deux questions différentes puisque leur portée est différente : si elle était accueillie, la première objection impliquerait que le Tribunal n'avait pas compétence du tout, tandis que l'autre remettrait uniquement en cause la compétence du Tribunal sur certaines demandes. Toutefois, même en supposant que l'Objection CCI Principale et l'Objection CCI Subsidiaire constituaient deux arguments différents au soutien de la même objection, il est impossible de conclure qu'il était superflu d'examiner l'Objection CCI Principale. La raison en est que l'Objection CCI Subsidiaire (i) était l'argument subsidiaire, et que (ii) en tout état de cause, il n'a pas été tranché et ce, pour des motifs d'économie procédurale inopérants au regard de l'Objection CCI Principale.

⁵⁴ Décision sur la Demande en annulation, § 127.

⁵⁵ Cf. Sentence, § 259 (« Ces deux litiges ne reposent pas non plus sur la même cause. Les Demandeurs réclament ici réparation pour des dommages prétendument encourus en raison de violations alléguées du TBI. Ceci ressort en effet de la lecture des conclusions des Demandeurs, dans lesquelles il est demandé au Tribunal de constater que Madagascar a violé les articles 3(1), 3(2) et 7 du TBI. Leurs prétentions ne visent aucunement le contrat d'assurance »).

⁵⁶ D'un autre côté, si le Comité suggère que la distinction demandes contractuelles/demandes fondées sur un traité n'était pas pertinente pour l'Objection CCI Principale car l'arbitrage CCI et l'arbitrage CIRDI étaient tous deux fondés sur un traité, cela prouverait que le raisonnement du Tribunal concernant l'objection relative aux procédures locales n'est pas pertinent pour l'Objection CCI Principale.

⁵⁷ *EDF International S.A., SAUR International S.A. et León Participaciones Argentinas S.A. c. République argentine*, Affaire CIRDI N° ARB/03/23, Décision sur l'annulation, 5 février 2016, § 346.

51. En fin de compte, en vertu d'un « principe bien établi »⁵⁸ comme l'énonce l'article 41(1) de la Convention CIRDI, le Tribunal arbitral était « juge de sa compétence ». Ce principe de *Compétence-Compétence* constitue « *a safeguard against frustration of proceedings through unilateral determination of competence by a party* ».⁵⁹ Le garde-fou pour les deux parties tient à l'existence d'une autorité décisionnaire impartiale ayant le pouvoir et le devoir de décider si l'affaire doit ou non être entendue.⁶⁰ Or, en l'espèce, le Tribunal n'a manifestement ni exercé son pouvoir, ni assumé son devoir, de se prononcer sur l'Objection CCI Principale soulevée par Madagascar, qui s'est ainsi trouvée privée de juge.

IV. CONCLUSION

52. Dans la présente affaire, la Sentence n'a pas statué sur l'une des objections à la compétence soulevées par Madagascar. La fonction du Comité n'est ni de déterminer pourquoi l'Objection CCI Principale n'a pas été tranchée, ce qui est parfaitement nébuleux, ni de « form even a provisional view » sur le bien-fondé de cette objection.⁶¹ Le point crucial est que Madagascar « should not have been deprived of a decision, one way or the other » sur une problématique qui aurait clairement pu modifier l'issue de l'affaire.⁶² En ne statuant pas sur l'Objection CCI Principale soulevée par Madagascar, le Tribunal a commis un excès de pouvoir manifeste au sens de l'article 52(1)(b) de la Convention CIRDI, ce qui aurait dû entraîner l'annulation de la Sentence.

[SIGNATURE]

Gabriel Bottini

⁵⁸ Rapport des Administrateurs sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, 18 mars 1965, § 38.

⁵⁹ CIRDI, *History of the ICSID Convention: Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States* Vol. I-IV (1970), Vol. II-1, pp 205–206.

⁶⁰ Cf. *Inceysa Vallisoletana S.L. c. République d'El Salvador*, Affaire CIRDI N° ARB/03/26, Sentence, 2 août 2006, § 148 (« *Article 41 of the ICSID Convention is clear when it indicates that 'The Tribunal shall be the judge of its own competence.' Consequently, the ICSID Convention recognizes the 'Kompetenz-Kompetenz' principle and imperatively obligates the Arbitral Tribunal to decide the issues formulated on this subject.* »).

⁶¹ Cf. *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal S.A. c. République argentine*, Affaire CIRDI N° ARB/97/3, Décision sur l'annulation, 3 juillet 2002, § 112.

⁶² *Ibid*, §§ 86 et 114.