

Chronique Arbitrage International

N°77-78 - 15 juillet - 15 septembre 2006

En partenariat avec

DECIDEURS
STRATEGIE FINANCE DROIT

Le point sur...

Les arbitrages du Traité sur la Charte de l'Energie

PAR JOSÉ ROSELL, AVOCAT ASSOCIÉ

HUGHES HUBBARD & REED



JOSÉ ROSELL,
AVOCAT ASSOCIÉ

Extrait du magazine
Décideurs N°77-78 :
15 juillet
15 septembre 2006

DECIDEURS
STRATEGIE FINANCE DROIT

ENRICHISSEZ VOTRE STRATEGIE D'UNE DIMENSION FINANCIERE ET JURIDIQUE

1^{ER} ETUDE DE MARCHÉ

ENTREPRISES EN DIFFICULTÉS
Le temps du retournement est arrivé

EXCLUSIF

LA CARTOGRAPHIE DES NEGOCIATIONS, DES ACTEURS, DES CONSEILS

EURO TUNNEL

FINANCE p.18

- Fusion-Acquisitions
- Capital venture
- Capital investissement

CHRONIQUES

- Droit de l'environnement
- Droit social
- Procédure civile
- Arbitrage international
- Droit de la concurrence
- Droit bancaire
- Droit de la distribution
- Procédure d'insolvabilité
- Droit des procédures collectives

2^{EM} ETUDE DE MARCHÉ

CONTENTIEUX
Attaquer, défendre ou esquiver ?

Inclus dans ce numéro

REPertoire des CONSEILS
EN CONTENTIEUX & RESTRUCTURATIONS

Les meilleurs avocats en contentieux : haut de bilan & contentieux boursier, risques industriels, product liability...

Les arbitrages du **Traité sur la Charte de l'Énergie**

L'investisseur bénéficie de plusieurs alternatives pour faire trancher les différends qui l'opposent à l'État d'accueil de son investissement, en fonction des mesures prises par ce dernier. Les moyens qui sont offerts aux investisseurs du secteur énergétique, dans ce cas, sont aussi à prendre en considération.

Il y a une certaine tendance à opposer les arbitrages commerciaux aux arbitrages d'investissement, alors que les arbitrages, dits commerciaux, sont également destinés à régler des différends entre les investisseurs et les États d'accueil. S'il existe une distinction à faire, celle-ci réside dans le fondement de la demande. En effet, dans les arbitrages, dits commerciaux, la demande est engagée sur la base d'un contrat alors que dans ce qui est généralement dénommé l'« *arbitrage d'investissement* », la demande est fondée sur la violation d'un traité portant sur la protection des investissements, qu'il soit bilatéral ou multilatéral.

Parmi ces traités multilatéraux, les investisseurs s'intéressent de plus en plus aux arbitrages prévus par le Traité sur la Charte de l'Énergie « TCE », qui, comme son titre l'indique, s'appliquent au secteur de l'énergie¹. Le TCE concerne principalement le commerce, le transit, et la protection des investissements dans le domaine de l'énergie. Cependant, l'arbitrage prévu au TCE n'est applicable qu'aux investissements. Bien que le nombre d'arbitrages initiés dans le cadre du TCE restent limités, il y a lieu de constater une progression significative de ces arbitrages depuis la première sentence rendue en 2003², d'où le récent intérêt qu'ils suscitent. L'acte final du TCE fut signé à Lisbonne le 17 décembre 1994. Il est entré en vigueur le 16 avril 1998. A ce jour, l'Union Européenne ainsi que 51 États sont parties au TCE. Malgré son origine européenne, plusieurs États situés en dehors de l'Europe y ont adhéré, tels que les États-Unis, le Canada, l'Australie et le Japon. Par ailleurs, la plupart des pays de l'ancienne URSS allant de l'Europe Centrale à l'Asie Centrale ont ratifié le TCE. Certes, ni la Russie, ni la Bulgarie, ne l'ont ratifié. Toutefois, cela ne les dispense pas d'appliquer le traité en raison de l'Article 45(1) du TCE qui dispose que chaque État signataire doit appliquer le TCE provisoirement dans l'attente qu'il le ratifie, à moins que l'État signataire n'ait fait une déclaration l'exemptant d'appliquer le traité provisoirement.

L'obligation d'appliquer le TCE dès sa signature par les États signataires a été confirmée

récemment par le tribunal arbitral qui a été saisi de l'affaire *Plama Consortium Limited c/ République de Bulgarie*.

Les articles 26 et 27 du TCE prévoient un mécanisme de résolution des différends (i) entre les investisseurs et les États parties au TCE (article 26) et (ii) entre les États contractants (article 27).

Il est possible pour un investisseur de cumuler des demandes tant sur le plan contractuel que sur la base d'une violation du TCE

Nous ne nous intéresserons ici qu'aux différends entre les investisseurs et les États d'accueil. L'article 26 octroie aux investisseurs un choix multiple. Ainsi, l'investisseur peut décider de recourir, soit :

- aux juridictions nationales de l'État d'accueil,
- à l'arbitrage CIRDI, selon la Convention de Washington du 18 mars 1965 ou bien selon la Facilité Additionnelle.
- à l'arbitrage CNUDCI,
- à l'Institut d'Arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm
- à tout mécanisme de résolution des différends convenu entre les Parties⁴.

Cependant, en vertu de l'Article 26 (3) (b) (i), une fois le choix effectué, celui-ci devient irrévocable, si l'investisseur a un différend avec l'un des 24 États qui ne sont pas mentionnés à l'Annexe ID du TCE. En effet, si l'investisseur décide de saisir les juridictions nationales d'abord, il ne peut plus ensuite recourir à l'arbitrage, sauf si l'État d'accueil est l'un de ceux qui sont men-

tionnés à l'Annexe ID.

L'investisseur qui a conclu un contrat avec l'État d'accueil ou l'une de ses émanations doit également se poser la question de savoir si sa réclamation est de nature contractuelle ou bien si elle est fondée sur une violation du TCE. D'une part, l'investisseur sera lié à l'État d'accueil par un contrat, qui comportera très probablement, soit une clause attributive de juridiction, soit une clause compromissoire. D'autre part, comme nous l'avons vu précédemment, en cas de violation du TCE, l'article 26 (2) (a) du TCE offrira également à l'investisseur la possibilité de saisir les juridictions de l'État d'accueil ou un tribunal arbitral constitué conformément à l'Article 26 (4) du TCE. Dans ces conditions, l'investisseur sera amené à se demander s'il peut recourir à un tribunal arbitral, en vertu des dispositions de l'Article 26 (4) lorsqu'il estimera que l'État d'accueil a violé une stipulation contractuelle ou bien s'il doit engager un arbitrage, dit commercial, si son contrat avec l'État d'accueil comporte une clause compromissoire.

L'Article 26 (3) (c) prévoit que les États mentionnés à l'Annexe IA du TCE n'ont pas inconditionnellement consenti à l'arbitrage, dans le cadre du TCE, si le différend porte sur une violation d'ordre contractuel. La Hongrie, étant l'un des pays ayant exercé cette option, aurait vraisemblablement développé cet argument dans le cadre de l'affaire *AES, Summit Generation Limited c/ République de Hongrie*, si les parties n'avaient pas transigé. Dans le cas des autres États signataires, qui ne sont pas cités à l'Annexe IA, l'investisseur peut faire valoir une violation de son contrat tout en se prévalant du TCE, grâce à « l'*umbrella clause* » prévue à la dernière phrase de l'Article 10 (1) du TCE.

En d'autres termes, si l'État d'accueil en question n'a pas réservé son consentement à l'arbitrage en vertu de l'Article 26 (3) (c), il est possible pour un investisseur de cumuler des demandes tant sur le plan contractuel que sur la base d'une violation du TCE, devant un même tribunal arbitral constitué selon les dispositions du TCE.

On peut en conclure qu'un investisseur ayant investi dans le secteur de l'énergie, dans l'un ou plusieurs États parties au TCE, dispose d'un choix plus important, quant aux moyens de résoudre ses différends avec ces États, dès lors qu'ils n'ont pas émis les réserves précitées⁵.

Cet investisseur peut se prévaloir, en principe,

tout aussi bien de son contrat, d'un traité bilatéral sur les investissements, que d'un traité multilatéral, comme celui du TCE, ou encore du code des investissements de l'Etat d'accueil. Il peut, ainsi, tirer avantage d'un traitement qui lui serait plus favorable en fonction du texte dont il est susceptible de se prévaloir. Ce qui serait le cas, par exemple, lorsque l'investisseur se demandera s'il n'est pas victime d'une expropriation ou encore s'il peut bénéficier d'une définition plus large que possible de la notion d'investissement.

Bien qu'en principe l'investisseur bénéficie d'un choix, dans certain cas, ainsi que cela a été mentionné précédemment, il pourrait être tenté d'abuser de ses droits, en menant des procédures parallèles poursuivant le même objectif.

Cette situation peut devenir très délicate, y compris pour l'investisseur.

En effet, outre le risque d'être confronté à des décisions contradictoires⁶, la partie défenderesse n'hésitera pas à solliciter la suspension des procédures en cours⁷ ou encore le rejet de la demande en se fondant, notamment, sur l'enrichissement sans cause ou toute autre figure juridique équivalente, pouvant créer une situation d'incertitude, tout au moins temporaire pour les parties ou encore en menant le tribunal arbitral à placer les parties dans une situation moins avantageuse, en se prévalant de l'ordre public transnational.

Tirer dans toutes les directions n'est pas forcément le plus efficace.

Une réflexion approfondie sur (i) les moyens dont dispose l'investisseur pour faire valoir ses droits et (ii) les conséquences des choix à effectuer s'avérera indispensable pour atteindre l'objectif recherché par l'investisseur.

Ainsi, contrairement aux procédures engagées dans le cadre du traité NAFTA⁸ et à celles prévues par le nouveau traité type nord-américain relatif aux traités bilatéraux sur les investissements, la consolidation des procédures n'est pas prévue dans le Traité sur la Charte de l'Énergie. Ceci s'explique par le peu de pro-

cédures parallèles existantes à l'époque de la négociation du TCE. Aujourd'hui la situation a évolué, les procédures parallèles se multiplient, souvent de manière injustifiée, créant ainsi une certaine insécurité juridique sur le plan international. L'application des principes de litispendance et de l'autorité de la chose jugée, étant difficilement applicables aux procédures parallèles engagées par l'investisseur à l'encontre de l'Etat d'accueil, comme cela a été notamment démontré par les sentences rendues dans les affaires Plama⁷, Mr. Franz Sedelmayer c/ la Fédération Russe⁹ et Petrobart Ltd. c/ la République du Kirgistan¹⁰.

Par ailleurs, un autre élément à prendre en considération au moment de définir la stratégie la plus appropriée à adopter est que, si le différend est soumis à un arbitrage dans le cadre du TCE, le tribunal arbitral devra appliquer le droit international public¹¹, contrairement aux arbitrages, dits commerciaux, où des règles et principes de droit international public n'ont pas vocation à s'appliquer.

L'investisseur peut tirer avantage d'un traitement qui lui serait plus favorable

Une autre caractéristique importante du TCE, qu'il convient de retenir, est que l'arbitrage doit obligatoirement avoir lieu dans l'un des Etats membres à la Convention de New-York du 10 juin 1958, si l'une des parties à l'arbitrage le demande¹². Cette disposition a pour but d'assurer l'exécution de la sentence, dans le cadre de la Convention de New York, à défaut d'autre mécanisme dans le TCE, tel que celui qui a été prévu à la Convention de Washington du 18 mars 1965. En effet, l'Article 54 (1) de la



JOSÉ ROSELL, AVOCAT ASSOCIÉ

Convention de Washington assimile les sentences ICSID aux décisions judiciaires définitives rendues par les Etats contractants, dispensant, ainsi, les parties de recourir à la procédure d'exequatur. En outre, l'Article 53 (1) de cette même Convention oblige les parties à n'exercer aucun recours devant les juridictions nationales des Etats relevant de la Convention de Washington, à l'encontre des sentences CIRDI. On peut en conclure que les investisseurs, en particulier ceux qui opèrent dans le secteur de l'énergie, disposent d'une palette non négligeable de recours à l'encontre des Etats d'accueil, lorsque ceux-ci prennent des mesures d'ordre économique et/ou politique qui portent un préjudice à leurs investissements.

¹ Le TCE est disponible sur le site : <http://www.encharter.org>

² Allaire Nykomb Synergetics Technology Holding AB vs/The Republic of Latvia. La sentence est disponible sur le site : http://ita.law.uvic.ca/alphabetical_list.htm.

³ Sentence du 8 février 2005, disponible sur le site ICSID : www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm.

⁴ Article 26 (2) (b)

⁵ cf. Articles 26 (3) (b) et 26 (3) (c)

⁶ Voir les affaires relatives à la République Tchèque dans le Stockholm Arbitration Report 2003 : 2, p. 167.

⁷ cf. Sentence rendue dans l'affaire Plama Consortium Limited c/ République de Bulgarie, paragraphe 180

⁸ Article 1126

⁹ in Stockholm International Arbitration Review 2005 : 2, p.37.

¹⁰ in Stockholm International Arbitration Review 2005 : 3, p.45.

¹¹ Article 26 (6)

¹² Article 26 (5) (b)

LES POINTS CLÉS

Le TCE ouvre la possibilité aux investisseurs du secteur énergétique de recourir :

- aux juridictions nationales de l'État d'accueil,
- à l'arbitrage CIRDI,
- à l'arbitrage CNUDCI,
- à l'Institut d'arbitrage de Stockholm,
- à tout mécanisme de résolution de différends convenus entre les parties.

SUR L'AUTEUR

José Rosell dirige le département d'arbitrage de Hughes Hubbard & Reed LLP, composé d'une équipe d'avocats de nationalités et de formations différentes. Spécialisé dans les arbitrages commerciaux et sur les investissements, Hughes Hubbard a été sélectionné, par la presse spécialisée, parmi les sept meilleures équipes d'arbitrage sur le plan mondial en 2005.