

Tome 120
2016
N°3

RGDI P



Revue Générale

de Droit
International
Public

A. PEDONE - 13, RUE SOUFFLOT - 75005 PARIS

"
"
"
"
"
"
"

RUSSIE - AFFAIRE *IOUKOS*

Tribunal de Première Instance de La Haye, jugement d'annulation du 20 avril 2016 dans l'affaire Ioukos : le régime de l'application provisoire du Traité sur la Charte de l'Energie de 1994

2016/3.91 - Le 20 avril 2016, le Tribunal de première instance de La Haye annulait les sentences arbitrales rendues dans l'affaire dite « Ioukos » par un Tribunal arbitral constitué en application du Règlement d'arbitrage CNUDCI (<http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2016:4230>).

Au terme d'une procédure arbitrale qui s'est déroulée sur une dizaine d'années, de 2005 à 2014, deux sentences ont été rendues dans chacune des trois affaires opposant la Fédération de Russie et les sociétés Hulley Entreprises Limited, Veteran Petroleum Limited et Yukos Universal Limited (anciens actionnaires majoritaires de la société pétrolière russe Ioukos) : l'une le 30 novembre 2009 sur les questions de compétence et recevabilité, l'autre le 18 juillet 2014 sur les questions de fond (<https://pcacases.com/web/allcases/>). Le Tribunal arbitral était composé de trois éminents internationalistes, Me Yves Fortier, Président, le juge Stephen Schwebel, ancien Président de la Cour internationale de Justice, nommé par la Fédération de Russie, et Me Charles Poncet, nommé par les demandresses. Dans sa sentence sur les questions de compétence et de recevabilité, le Tribunal a décidé à l'unanimité que la Fédération de Russie était liée par le Traité sur la charte de l'énergie de 1994 (ci-après « TCE » ou « Traité ») car, bien que ne l'ayant pas ratifié, elle avait accepté d'être tenue par le jeu du mécanisme d'application provisoire prévu à l'article 45 du TCE. Le Tribunal arbitral a également décidé à l'unanimité que les demandes étaient recevables et que, sur le fond, la Fédération de Russie avait manqué à ses obligations au titre du Traité. C'est la raison pour laquelle le Tribunal arbitral l'a condamnée à

indemniser les demandresses, à hauteur de 50 milliards de dollars, pour le préjudice résultant de l'expropriation illégale de leur investissement.

Le Tribunal de première instance de La Haye a pour sa part estimé que la Fédération de Russie, qui avait accepté d'appliquer le TCE à titre provisoire, n'était en réalité pas liée par la clause d'arbitrage prévue à l'article 26 du Traité. Cette question avait été amplement débattue devant le Tribunal arbitral pendant la première phase de l'arbitrage consacrée aux questions de compétence et recevabilité – y compris lors d'une audience de trois semaines ayant donné lieu à l'audition de nombreux témoins et experts, y compris de droit russe.

Compétent pour apprécier *de novo* les questions de compétence, le Tribunal de première instance de La Haye s'est prononcé sur la seule question de savoir si la Fédération de Russie était liée par la clause d'arbitrage du TCE. Pour ce faire, il était appelé à se prononcer sur l'interprétation de l'article 45(1) du TCE selon lequel « [L]es signataires conviennent d'appliquer le présent traité à titre provisoire, en attendant son entrée en vigueur pour ces signataires conformément à l'article 44, dans la mesure où cette application provisoire n'est pas incompatible avec leur Constitution ou leurs lois et règlements ». Les juges néerlandais de première instance ont considéré que la Fédération de Russie n'était tenue d'appliquer provisoirement le Traité que dans la mesure où chacune de ses dispositions, prise isolément, ne serait pas incompatible avec le droit russe. Estimant ensuite que le droit russe ne permettrait pas de soumettre à l'arbitrage le différend opposant les anciens actionnaires majoritaires de la société Ioukos à la Fédération de Russie, le Tribunal de première instance de La Haye a jugé que les conditions prévues à l'article 45 n'étaient pas réunies au cas d'espèce et que, dès lors, la Fédération de Russie n'avait pas donné son consentement à l'arbitrage.

La solution adoptée par le Tribunal de première instance de La Haye témoigne d'une profonde méconnaissance tant du droit et de la pratique conventionnelle russes que du droit international, et plus particulièrement les règles consacrées par la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 (ci-après « Convention de Vienne »).

1. Le droit russe admet de longue date le mécanisme d'application provisoire des traités. Au début des années 1990, la Fédération de Russie appliquait à titre provisoire des dizaines de traités. C'est conformément à cette pratique que la Fédération de Russie a constamment milité, lors de la négociation du TCE, en faveur de l'adoption d'un tel mécanisme. La transcription des séances de négociation révèle que la Fédération de Russie s'est même opposée à la proposition de certains délégués de supprimer le projet d'article prévu à cet effet, craignant que l'absence d'application provisoire n'entraîne « un retard [...] de l'entrée en vigueur de ce document international extrêmement important ». La Fédération de Russie a rappelé à cette occasion que le Traité « revêt[ait] une importance vitale pour de nombreuses délégations et de nombreux pays » et que « la période d'application du Traité à titre provisoire constituerait une sorte de période d'essai dans la mise en œuvre de cet instrument extrêmement important pour la coopération internationale ». Comme cela ressort d'une communication du chef de la délégation russe en date du 6 octobre 1993, « [p]our la Russie, la signature de l'accord ouvrirait de nouvelles possibilités pour mettre un terme au phénomène de crise dans le secteur de l'énergie ». L'objectif

de la Fédération de Russie à l'époque était d'accélérer le processus de négociation afin de pouvoir attirer, dès la signature du Traité, « le maximum d'investissements étrangers et de crédits ».

Contrairement à d'autres Etats, qui avaient immédiatement déclaré ne pas être en mesure d'appliquer le Traité à titre provisoire conformément aux dispositions de l'article 45, la Fédération de Russie n'a fait aucune déclaration lorsqu'elle a signé le TCE le 17 décembre 1994, s'engageant ainsi à appliquer le Traité dans son ensemble à titre provisoire conformément à l'article 45 du Traité. La Fédération de Russie a ensuite déclaré, de manière constante, appliquer le Traité à titre provisoire, sans faire état de la moindre difficulté à cet égard. Jusqu'en 2008, le Ministère des Affaires Etrangères russe indiquait sur son site internet, en ce qui concerne le TCE, que « la Fédération de Russie l'applique à titre provisoire conformément à la Partie II de la Convention de Vienne sur le droit des traités (1969) et à la Section II de la loi fédérale sur les traités internationaux de la Fédération de Russie du 16 juin 1995 » (pour plus d'exemples, voir les sentences provisoires du 30 novembre 2009, § 389).

La Fédération de Russie a également reconnu à plusieurs reprises, avant l'introduction de la procédure d'arbitrage, que les dispositions du TCE (y compris son article 26) étaient compatibles avec le droit russe. En 1996, dans une Note explicative soumise à la Douma, en même temps que le projet de loi sur la ratification du Traité, le Gouvernement russe déclarait que « les dispositions du TCE sont compatibles avec la législation russe » et que « le régime juridique des investissements étrangers prévu par le TCE est compatible avec les dispositions de la loi existante [...] sur les investissements étrangers [...] actuellement en vigueur, ainsi qu'avec la version amendée de cette loi présentement débattue au sein de la Douma ». Dans un rapport soumis à la Douma en 2001, l'un des membres de la délégation russe ayant négocié le Traité sur la Charte de l'Energie rappelait également que « [d]ans le TCE, la Russie accorde aux investisseurs étrangers un régime d'investissement dans le secteur de l'énergie acceptable pour eux et qui n'impose aucune concession de la part de la Russie au-delà du cadre de la loi actuelle » (voir à cet égard sentences provisoires, §§ 374 et 375).

Ce n'est qu'en 2005, plus de 10 ans après la signature du TCE et après que les anciens actionnaires majoritaires de la société Ioukos ont initié une procédure d'arbitrage à son encontre, que la Fédération de Russie a imaginé soutenir que la clause d'arbitrage prévue à l'article 26 serait incompatible avec son droit afin de prétendre qu'elle ne pouvait être liée par le Traité. Comme l'a relevé le Tribunal arbitral, la Fédération de Russie n'était « point recevable, pendant le déroulement des procédures, à faire valoir les bénéfices de l'application provisoire du TCE tout en déclinant les obligations que ce statut impose » (voir sentences provisoires, § 390). Le Tribunal de première instance de La Haye n'a, pour sa part, tenu aucun compte dans son jugement du 20 avril 2016 du fait que cette thèse, développée pour les seuls besoins de l'arbitrage, était contredite par les nombreuses déclarations antérieures des autorités russes, ni du fond de ces déclarations.

De la même façon, la Fédération de Russie, après avoir bénéficié du Traité pendant quinze ans, a décidé en juillet 2009, plusieurs mois après l'audience finale sur les questions de compétence et recevabilité et quelques mois seulement avant que

le Tribunal arbitral rende une sentence sur ces questions, de mettre un terme à l'application provisoire du Traité en application de l'article 45(3), aux termes duquel « [t]out signataire peut mettre un terme à son application provisoire du présent traité en notifiant par écrit au dépositaire son intention de ne pas devenir partie contractante au présent traité ». Comme l'a constaté le Tribunal arbitral, cette notification était sans incidence sur l'application provisoire des dispositions du Traité relatives aux investissements (Partie III) et au règlement des différends (Partie V), qui restent valables à l'égard de la Fédération de Russie jusqu'en 2029 conformément aux dispositions du Traité (voir sentences provisoires, § 388).

2. L'article 45 du TCE n'introduit aucun mécanisme nouveau en droit international. L'application provisoire des traités est consacrée à l'article 25 de la Convention de Vienne et elle est souvent utilisée en pratique, un exemple notoire étant le GATT, demeuré en application provisoire de son adoption en 1947 jusqu'à 1994, date de l'instauration de l'OMC.

La question qui se posait, tant devant le Tribunal arbitral que devant les juges néerlandais, était celle de l'interprétation de l'article 45, et notamment l'article 45(1) du TCE qui prévoit l'application provisoire automatique du Traité pour chaque signataire « dans la mesure où cette application provisoire n'est pas incompatible avec [sa] Constitution ou [ses] lois et règlements ». Le Tribunal arbitral a interprété cette disposition comme signifiant que les signataires étaient tenus d'appliquer le Traité dans son ensemble à titre provisoire, à moins qu'il ne soit établi que le principe même de l'application provisoire d'un traité international serait contraire à leur droit interne. Il a considéré que l'expression « cette application provisoire » dans la seconde partie de la phrase faisait un renvoi aux termes « le présent traité » dans la première partie de la phrase, qui vise le Traité dans son ensemble et non des dispositions prises individuellement. Cette interprétation repose sur le texte de l'article 45(1), pris dans son contexte conformément à l'article 31 de la Convention de Vienne.

A l'inverse, selon le Tribunal de première instance de La Haye, l'expression « dans la mesure où » limiterait le champ de l'application provisoire du Traité prévue à l'article 45(1) pour chaque Etat signataire aux seules dispositions qui seraient compatibles avec leur droit interne. Cette application parcellaire ou « à la carte » du Traité, différente selon les Etats, repose sur une lecture isolée des termes « dans la mesure » – qui « exprime[raient] [...] un degré, une portée ou – exprimée autrement – une différenciation » (jugement du Tribunal de La Haye, § 5.11). Une telle interprétation avait été spécifiquement rejetée par le Tribunal arbitral en ces termes : « rien ne permet de conclure que les signataires se seraient engagés à n'appliquer à titre provisoire qu'une partie du Traité, sans prévoir de manière explicite une telle application provisoire partielle » (voir sentences provisoires, § 311).

L'interprétation de l'article 45(1) par le Tribunal arbitral, selon laquelle une incompatibilité au sens de l'article 45(1) vise le *principe* même de l'application provisoire du Traité et non pas chacune des dispositions du Traité prises individuellement (voir sentences provisoires, §° 312), tient compte de l'économie générale de l'article 45, en pleine conformité avec les règles d'interprétation consacrées à la Convention de Vienne. A l'inverse, l'interprétation retenue par les juges de La Haye fait abstraction du contexte de l'article 45(1) tout autant que de l'objet et du but du Traité.

Ainsi, si l'article 45(1) énonce l'obligation pour les signataires d'appliquer le Traité à titre provisoire, les articles 45(2) et 45(3) précisent les modalités suivant lesquelles un signataire peut refuser d'appliquer le Traité à titre provisoire ou mettre un terme à l'application provisoire pour ce qui le concerne. L'article 45(2) prévoit ainsi que tout signataire qui ne serait pas en mesure d'accepter l'application provisoire du Traité peut déposer une déclaration à cet effet lors de la signature ; dans ce cas, le signataire (ainsi que tout investisseur de cet Etat) ne peut se prévaloir « du bénéfice de l'application provisoire au titre [de l'article 45(1)] ». L'article 45(3) prévoit pour sa part qu'un signataire peut à tout moment mettre un terme à l'application provisoire du Traité en notifiant par écrit son intention de ne pas ratifier le Traité. L'article 45 du Traité, pris dans son ensemble, permet ainsi de garantir la réciprocité des droits et obligations consentis par les signataires et la transparence du mécanisme de l'application provisoire. L'importance attachée par les négociateurs du Traité à ces principes de réciprocité et de transparence ressort du reste des travaux préparatoires, comme cela a été relevé par le Tribunal arbitral (voir sentences provisoire, §§ 275-277 et 282).

Or, l'interprétation retenue par le Tribunal de première instance de La Haye permet à tout signataire qui souhaiterait échapper à ses obligations internationales, notamment lorsqu'il se retrouve défendeur dans une procédure arbitrale, d'invoquer au cas par cas une prétendue incompatibilité entre une disposition donnée (et notamment la clause de règlement des différends) et son droit interne, en adoptant le cas échéant de nouvelles dispositions de droit interne destinées à créer une telle incompatibilité. Tout signataire serait ainsi en droit de moduler ses obligations internationales au titre de l'application provisoire du Traité à tout moment et de manière discrétionnaire.

Une telle interprétation met à mal le régime de l'application provisoire dans son ensemble et crée une situation d'insécurité juridique contraire aux principes de réciprocité et de transparence voulus par les négociateurs du Traité. Elle est également contraire à l'objet et au but du Traité qui vise notamment à promouvoir la coopération internationale, le commerce et les investissements dans le secteur de l'énergie en instaurant un cadre juridique international stable (voir le Préambule et l'article 2 du Traité sur la Charte de l'Energie). Un tel objectif suppose que le régime de l'application provisoire soit défini de manière claire et précise afin de permettre à chaque Etat (et aux investisseurs de cet Etat) de connaître les droits et obligations des signataires qui se sont engagés à appliquer le Traité à titre provisoire.

Comme l'a relevé le Tribunal arbitral, « [l]e droit international et le droit national ne devraient pas pouvoir se combiner, à travers le déploiement d'une clause d'"incompatibilité" ou de "limitation", de façon à former un droit hybride où le contenu du droit national contrôle directement le contenu d'une obligation juridique internationale. Ceci est susceptible de créer un climat d'incertitude inacceptable dans les affaires internationales. Ceci permettrait notamment à un Etat de faire valoir des faits variables, incertains et non notifiés sur le contenu de son droit national après qu'un différend s'est déjà produit.[...] Un traité ne devrait pas être interprété de façon à permettre une telle situation à moins que la formulation du traité soit claire et n'admette aucune autre interprétation » (sentences provisoires, § 315).

L'interprétation retenue par les juges néerlandais conduit, à l'inverse, à priver de tout effet utile le mécanisme d'application provisoire prévu à l'article 45 du TCE ; il ne donne aucun effet au texte, ni même au contexte ou à l'objet et au but du Traité. Ce n'est qu'au prix de ces distorsions que le Tribunal de première instance de La Haye a pu conclure que la Fédération de Russie n'avait pas donné son consentement à l'arbitrage en signant le TCE alors qu'elle a âprement négocié le texte du Traité (y compris ses articles 45 et 26), qu'elle a continuellement insisté sur l'importance de l'application provisoire, et qu'elle a signé le Traité en ne déclarant à aucun moment aux autres signataires – ainsi que l'avaient fait un certain nombre d'États tels que le Japon, la Norvège ou la Pologne – qu'elle n'était pas en mesure d'accepter l'application provisoire ou que l'application provisoire des traités était incompatible avec son droit. Autant que le texte du Traité et les règles d'interprétation de droit international, c'est le comportement éloquent de la Fédération de Russie que les juges néerlandais ont choisi d'ignorer.

Y. B.

Associée responsable du groupe Droit international public,
Shearman & Sterling LLP.

L'auteur a représenté les demanderesses, anciens actionnaires majoritaires de la société Ioukos dans les trois procédures d'arbitrage, consolidées de fait pour la conduite de la procédure mais distinctes, décrites dans la présente contribution : *Hulley Enterprises Limited c/ Fédération de Russie*, *Yukos Universal Limited c/ Fédération de Russie* et *Veteran Petroleum Limited c/ Fédération de Russie*.