

La Clause Relative à l'Exclusion des Avantages (Denial of Benefits Clause) Dans la Jurisprudence Arbitrale Récente en Matière D'Investissement: Réflexions Sur Les Affaires Amto et Yukos

WALID BEN HAMIDA

Maître de Conférences à l'Université d'Evry.

RÉSUMÉ: Prévues dans certains traités d'investissement, la clause relative à la négation des avantages soulève de plus en plus des problèmes d'interprétation devant les tribunaux arbitraux. Dans cet article, l'auteur analyse cette clause à la lumière de la jurisprudence arbitrale récente rendue en application de l'article 17 de la Charte de l'Energie. Etudiant essentiellement, les décisions Amto et Yukos, il examine l'arbitrabilité de la négation des avantages et les conditions qu'un Etat doit remplir pour exercer ses droits en vertu de cette clause.

ABSTRACT: Provided in certain investment treaties, denial of benefits clause raises many problems of interpretation before arbitral tribunals. In this article, the author analyzes the clause in the light of the recent arbitral jurisprudence rendered under Article 17 of Energy Charter Treaty. Studying mainly Amto and Yikos decisions, he examines the arbitrability of the denial of benefits and the requirements a state must meet to exercise its rights under this clause.

SUMMARY: I – L'arbitrabilité de l'exclusion des avantages; II – Les conditions de forme à l'exclusion des avantages; II.a) L'existence d'une condition de forme; II.b) Les modalités du formalisme; III – Les conditions de fond à l'exclusion des avantages; III.a) La nature des exigences de fond; III.b) La signification des exigences de fond; III.c) La preuve des exigences de fond.

La clause relative à l'exclusion des avantages est une clause par laquelle un État se réserve le droit de refuser la protection d'un traité d'investissement à une entité incorporée dans un État signataire de ce traité lorsqu'elle est contrôlée par des ressortissants d'un État étranger non partie au traité ou lorsqu'elle n'a aucune activité substantielle dans l'État d'incorporation¹. Dans certains traités, la clause permet aussi à l'Etat d'exclure le bénéfice du traité aux investisseurs d'Etat tiers avec lequel les signataires n'ont pas de relations économiques normales². Cette clause est connue dans la doctrine américaine sous le nom de «*third party control clause*»³ ou plus généralement «*denial of benefit clause*». Incluse dans plusieurs traité d'investissement, notamment des TBI américains et

1 W. Ben Hamida, La notion d'investisseur, *Gazette du Palais, Cahiers de l'arbitrage*, n° 2005/3, p. 35.
2 Voir en revanche, l'article 19 de l'ASEAN Comprehensive Investment Agreement du 26 Février 2009 qui vise un cas d'exclusion original lorsque l'investisseur ne réalise pas son investissement en conformité avec le droit de l'Etat hôte, [<http://www.aseansec.org/20632.htm>].
3 K. Vandevelde, *United States Bilateral Investment Treaties: Policy and practice*, Kluwer 1992, p. 55.

autrichiens, la clause stipule «*Chaque Partie se réserve le droit de refuser à toute compagnie les avantages du présent Traité si des ressortissants de tous pays tiers contrôlent ladite compagnie, et, dans le cas d'une compagnie de l'autre Partie, cette compagnie ne se livre à aucune activité tant dans le domaine des affaires sur le territoire de l'autre Partie ou est contrôlée par des ressortissants d'un pays tiers avec lequel la Partie refusant les avantages n'entretient pas des relations économiques normales*»⁴.

1. Historiquement, la clause remonte aux traités d'amitié, de navigation et du commerce conclus par les Etats-Unis. Plus précisément, son apparition date à 1946. Ainsi, le traité d'amitié Etats-Unis-Chine prévoit que «*Each High Contracting Party reserves the right to deny any of the rights and privileges accorded by this Treaty to any corporation or association created or organized under the laws and regulations of the other High Contracting Party which is directly or indirectly owned or controlled, through majority stock ownership or otherwise, by nationals, corporations or associations of any third country or countries*»⁵. Une clause similaire prévue dans le traité de commerce entre le Japon et les Etats-Unis⁶ a été examiné par le juge Reavley dans son opinion dissidente dans l'affaire *Michael E. Spiess, et.al, v. C. Itoh & Co*⁷. La clause relative à l'exclusion des avantages avait pour objectif la lutte contre la fraude et l'utilisation abusive des traités par les personnes morales ainsi que l'exclusion des sociétés d'Etat ennemie de la couverture conventionnelle. En effet, dans la mesure où les traités américains de commerce, comme d'ailleurs les traités d'investissement, utilisent un rattachement purement formel – le critère de l'incorporation – pour déterminer les entités bénéficiaires de leurs dispositions, il a été nécessaire d'ajouter cette clause pour permettre l'établissement d'un lien effectif entre les entités juridiques bénéficiaires de ces traités et les Etats signataires⁸.

2. La clause n'existe pas seulement dans les traités bilatéraux de commerce et d'investissement. L'Accord Général sur le Commerce des services «GATS» prévoit dans son article XXVII, intitulée «*Refus d'accorder des avantages*», une disposition permettant à un Etat membre de l'OMC de refuser d'accorder les avantages découlant du GATS, entre autre, à un fournisseur de services qui est une personne morale, s'il établit qu'il n'est pas un fournisseur de services d'un autre Membre ou qu'il est un fournisseur de services d'un Membre auquel

4 Article 1 (2) TBI Etats-Unis-République Populaire du Congo, [<http://www.droit-afrique.com/images/textes/Congo/Congo%20-%20Conv.investissement%20USA.pdf>].

5 Article 13 (5), Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States of America and China, 4 novembre 1946, [http://tcc.export.gov/Trade_Agreements/All_Trade_Agreements/exp_005399.asp].

6 [http://tcc.export.gov/Trade_Agreements/All_Trade_Agreements/exp_005539.asp].

7 *Michael E. Spiess, et.al, v. C. Itoh & Co.*, 643 F2d 353, 366 (1981), aussi § 59-61. [<http://ftp.resource.org/courts.gov/c/F2/643/643.F2d.353.79-2382.html>].

8 Sur la clause dans les traités de commerce, v. H. Walker Jr., Provisions on Companies in United States Commercial Treaties, *American Journal of International Law* 1956, p. 388.

il n'applique pas l'Accord sur l'OMC⁹. On souligne aussi que certains traités conclus en vue d'éviter la double imposition contiennent des clauses qui rappellent la clause relative à l'exclusion des avantages¹⁰.

3. En droit des investissements, la clause a soulevé plusieurs difficultés d'interprétation. Le débat devant les tribunaux arbitraux a porté surtout sur ses conditions d'application et ses effets¹¹. Cet article examinera le traitement de la clause de négation des avantages dans quatre récentes décisions et sentences arbitrales qui contribuent à éclairer son régime¹². Toutes ces décisions concernent l'interprétation de l'article 17 de la Charte de l'énergie, intitulé «*non application de la partie III [relative à l'investissement] dans certaines circonstances*». Cet article prévoit que: «*Chaque partie contractante se réserve le droit de refuser le bénéfice de la présente partie:*

1. à toute entité juridique si les citoyens ou les ressortissants d'un Etat tiers sont propriétaires ou ont le contrôle de cette entité et si celle-ci n'exerce pas d'activités commerciales substantielles dans la zone de la partie contractante dans laquelle elle est constituée ; ou

2. à un investissement si la partie contractante qui refuse établit qu'il s'agit d'un investissement d'un investisseur d'un Etat tiers avec lequel ou à l'égard duquel elle:

a) n'entretient pas de relations diplomatiques, ou

b) adopte ou maintient des mesures qui:

9 Sur cette disposition qualifiée de «denial of benefits», voir *Note by Secretariat, Definitions in the Draft General Agreement on Trade in Services*, 199, [http://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/92130039.pdf].

MTN.GNS/W/139, para. 16

10 Voir par exemple l'article 23, «*limitation of benefits*», Convention between the Government of the United States of America and the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with respect to Taxes on Income and on Capital Gains, [http://www.ustreas.gov/offices/tax-policy/library/uk treaty.pdf].

11 Voir les affaires, *Link Trading c/ Moldavie*, CNUDCI, décision du 16 février 2001, *Generation Ukraine, Inc. c/ Ukraine*, CIRDI, sentence du 16 septembre 2003, *Tokios Tokelés v. Ukraine*, CIRDI, décision du 29 avril 2004, § 33, *Plama Consortium Limited c/ Bulgarie*, CIRDI, décision du 8 février 2005 et sentence du 27 août 2008, § 79 et s., *Petrobart Limited c/ Kirghizstan*, CCS, sentence du 29 mars 2005 Voir sur cette jurisprudence notre chronique publiée dans la Gazette précitée. Voir aussi sur l'interprétation de cette clause, *Waste Management, Inc. (U.S.) v. United Mexican States II*, CIRDI, sentence du 30 avril 2004, § 80, *Pan American Energy LLC, and BP Argentina Exploration Company Claimants v. The Argentine Republic Respondent and BP America Production Company, Pan American Sur SRL, Pan American Fuegoína, SRL and Pan American Continental SRL Claimants v. The Argentine Republic*, CIRDI, décision du 27 juillet 2006, § 221, *Empresa Eléctrica del Ecuador, Inc. v. Republic of Ecuador*, CIRDI, sentence du 2 juin 2009 (Dans cette affaire, la clause a été invoquée mais non discutée dans les détails sauf une mention sur le fait qu'elle concerne la compétence), § 71.

12 *Limited Liability Company Amtó v. Ukraine*, SCC Case No. 080/2005, sentence du 26 mars 2008, Charte de l'Energie, *Hulley Enterprises Limited v. The Russian Federation*, PCA Case No. AA 226, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009, CNUDCI, Charte de l'Energie, *Yukos Universal Limited v. The Russian Federation*, PCA Case No. AA 227, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009, CNUDCI, Charte de l'Energie et *Veteran Petroleum Limited v. The Russian Federation*, PCA Case No. AA 228, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009, CNUDCI, Charte de l'Energie.

- i) interdisent des transactions avec les investisseurs de cet Etat, ou*
- ii) seraient enfreintes ou contournées si les avantages prévus dans la présente partie étaient accordés aux investisseurs de cet Etat ou à leurs investissements».*

L'article 17 contient deux alinéas. L'alinéa 1 permet l'exclusion des avantages en raison de l'absence d'un lien de rattachement effectif entre l'entité qui invoque la protection de la Charte et un Etat signataire. L'alinéa 2, autorise l'exclusion pour des raisons politiques. A ce jour, seul l'alinéa 1er a été examiné par la jurisprudence arbitrale et fera, en conséquence, l'objet de la présente chronique.

4. Dans l'affaire *AMTO*, le litige a opposée la société AMTO, une société incorporée en Lettonie à l'Ukraine. Il porte sur la non exécution de jugements rendus contre une entité publique ukrainienne au profit d'une filiale d'AMTO. En 2000, AMTO a acquis la société EYUM-10, société incorporée en Ukraine, qui participait à la construction d'une usine énergétique («ZAES»), au profit d'une entité étatique («Energoatom»). Au moment de cette acquisition, EYUM-10 était un créancier important de ZAES/Energoatom. La société EYUM-10 entama des procédures judiciaires devant la Cour commerciale locale concernant la dette impayée de 11 contrats signés avec Energoatom. Malgré sa réussite lors de ces procédures, elle n'a pas réussi à faire exécuter les jugements à cause de six procédures de faillite établies à l'égard d'Energoatom. À l'issue de ces procédures, AMTO tente, sans succès, de résoudre le litige à l'amiable, en adressant plusieurs réclamations auprès de l'entité étatique Energoatom, avant de décider d'attirer l'Ukraine devant un tribunal arbitral de la chambre de Commerce de Stockholm en application de la Charte de l'énergie. Le tribunal arbitral, composé de Bernardo Cremades (Président), Per Runeland et Christer Soderlund, a rendu une sentence le 26 mars 2008. Tout en se déclarant compétent, le tribunal a rejeté l'ensemble des prétentions présentées par la société AMTO.

5. Les trois autres sentences sont des sentences intérimaires liées au contentieux opposant la société Yukos à la Fédération de Russie. Trois actionnaires de la société pétrolière russe, Hulley Enterprises Ltd, Yukos Universal Ltd (deux sociétés incorporées respectivement à Chypre et à l'Ile de Man) et Veteran Petroleum Ltd (un fonds de pension regroupant d'anciens employés de Yukos établi à Chypre) estimant qu'ils ont été victimes d'une expropriation incompatible avec la Charte ont engagé trois procédures arbitrales en application du règlement CNUDCI contre la Russie. Les trois tribunaux comprennent les mêmes arbitres: L. Yves Fortier (Président), Charles Poncet et Stephen M. Schwebel. Ils ont siégé à La Haye. Ils ont rendu le 30 novembre 2009 trois sentences intérimaires sur la compétence et l'admissibilité identiques sur les principes dans lesquelles ils se déclarent compétents pour examiner les demandes des actionnaires de Yukos.

6. Ces 4 sentences apportent des éclaircissements sur l'arbitrabilité de l'exclusion des avantages (I), les conditions de forme (II) et de fond exigées pour cette exclusion (III).

I – L'ARBITRABILITÉ DE L'EXCLUSION DES AVANTAGES

7. Le caractère non arbitral des litiges relatifs à l'exclusion des avantages a été soutenu par certains auteurs américains qui évoquent souvent «*the self judging character of denial of benefit clause*». Pamela B. Gann¹³ affirme ainsi «*Denial of treaty's application because nationals of a party do not have a "substantial interest" in the company of party is a discretionary decision not subject to challenge by investors under article VII, which provides dispute settlement mechanisms for foreign investor and the host country. The decision also may not be challenged by the other party under article VII (state – to-state arbitration)*».

8. Dans l'affaire *AMTO*, l'Ukraine a soutenu que l'exclusion des avantages, en application de l'article 17 de la Charte, ne pouvait pas faire l'objet d'un examen arbitral. L'Ukraine a prétendu qu'il appartenait à chaque l'Etat de déterminer exclusivement et uniquement si les conditions l'exclusion étaient justifiées. L'Ukraine a expliqué cette inarbitrabilité par la différence des termes employés dans l'article 26 de la Charte qui fixe le domaine de l'arbitrage Etat investisseur et ceux de l'article 17 sur l'exclusion des avantages. En effet, l'article 26 permet à un investisseur de soumettre à l'arbitrage un différend «qui portent sur un manquement allégué à une obligation» de l'Etat. L'article 17, en revanche, ne se réfère pas à une obligation mais au droit de chaque Etat de refuser le bénéfice de la partie III. Il en découle, selon cet Etat, qu'un litige relatif à l'exercice des droits au sens de l'article 17 ne relève pas *rationae materiae* de la compétence d'un tribunal arbitral établi en application de l'article 26. Ce dernier ne concerne que les obligations et ne se réfère pas aux droits.

9. L'argument n'était pas pertinent car un droit pour une partie est une obligation pour une autre. Ainsi, le tribunal, invoquant le principe compétence-compétence et affirmant le lien entre les droits et les obligations n'a pas hésité à rejeter la thèse de l'inarbitrabilité. Selon les arbitres «*The State might assert 'rights', 'powers,' 'privileges' or 'immunities' to deny, annul or evade an obligation, but the legal description of the objection does not detach it from the Claimant's assertion of the existence and breach of an obligation. The Respondent's exercise of its 'right' to deny advantages is an aspect of the dispute submitted to arbitration by the Claimant, and within the jurisdiction of this Arbitral Tribunal*»¹⁴.

13 Pamela B. Gann, The US bilateral investment treaty program, *Stanford Journal of international law* 1985 p. 379.

14 § 60.

10. Bien plus, dans les affaires *Yukos*, le tribunal arbitral a affirmé que le droit à l'arbitrage est un avantage qui ne pouvait pas être exclu, en application de l'article 17. Le Tribunal a décidé que cet article ne concernait que la négation des avantages substantielles prévus dans la partie III de la Charte et ne visait pas le droit pour les investisseurs de saisir un tribunal arbitral prévu dans la partie V (article 26). Cette conclusion repose sur les termes de l'article 17 (1) qui ne se réfère pas à tous les droits conférés par la Charte mais seulement au «*bénéfice de la présente partie [III]*», sur l'intitulé de l'article 17 «*Non-application de la partie III dans certaines circonstances*», et sur l'emplacement des dispositions relatives à l'arbitrage État-investisseur, qui ne se trouve pas dans la partie III mais dans la partie V. Il en découle, selon le Tribunal que la clause d'exclusion ne soulève pas une question de compétence mais une question de fond¹⁵.

11. La même conclusion a été affirmée dans la décision *Plama* que le tribunal arbitral *Yukos* cite avec approbation¹⁶. Toutefois, cette conclusion est intimement liée à la rédaction spéciale de la Charte de l'Energie. Elle ne peut pas s'étendre à d'autres clauses relatives à l'exclusion des avantages prévues dans certains TBI qui visent tous les droits prévus dans le TBI, y compris le droit à l'arbitrage.

II — LES CONDITIONS DE FORME À L'EXCLUSION DES AVANTAGES

12. La question qui se pose est de savoir si l'exclusion des avantages est formelle, c'est-à-dire subordonnée à certaines conditions de forme ou peut être automatique. Cette question a des intérêts évidents. Si l'exclusion est automatique, l'article 17 va opérer comme une exception. Il suffit dans ce cas de démontrer que les conditions d'application de l'article 17 sont remplies pour que l'entité légale soit exclue du bénéfice de la Charte, et ce probablement avec effet rétroactif. Si, en revanche, l'exclusion est formelle, elle ne peut produire ses effets que lorsqu'elle est exercée, lorsque par exemple la partie étatique adopte un acte postérieur, une déclaration, une notification ou un moins un comportement par lequel il prive une entité des avantages prévus dans la partie III¹⁷. Si le caractère formel est reconnu, une seconde question se pose immédiatement. Il s'agit de déterminer les formes ou les modalités admises pour réaliser cette exclusion. La jurisprudence a répondu à ces deux interrogations.

II.A) L'EXISTENCE D'UNE CONDITION DE FORME

13. Certaines rédactions semblent admettre le caractère automatique et non formel de l'exclusion. Ainsi, dans le domaine des services, l'article VI de l'accord cadre de l'ASEAN sur les services prévoit: «*The benefits of this*

15 *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, précité, § 441.

16 Décision précitée, § 148 – § 149.

17 Voir Ben Hamida, chronique précitée, p. 36.

Framework Agreement shall be denied to a service supplier who is a natural person of a non-Member State or a juridical person owned or controlled by persons of a non-Member State constituted under the laws of a Member State, but not engaged in substantive business operations in the territory of Member State(s)»¹⁸. Dans le cadre de cet accord, l'exclusion joue automatiquement comme exception disqualifiant le fournisseur de services. Il suffit dans ce cas de démontrer que les conditions d'application de l'article VI sont remplies pour que ce fournisseur soit exclu du bénéfice de l'accord, et ce probablement avec effet rétroactif.

14. D'autres traités, en revanche, subordonnent la négation des avantages à une exigence de forme. Ainsi, selon l'article, 1113 (2) de l'ALENA «*Sous réserve de notification et de consultation préalables conformément aux articles 1803 (Notification et information) et 2006 (Consultations), une Partie pourra refuser d'accorder les avantages du présent chapitre à un investisseur d'une autre Partie qui est une entreprise de cette autre Partie et aux investissements de cet investisseur si les investisseurs d'un pays tiers possèdent ou contrôlent l'entreprise et que l'entreprise ne mène aucune activité commerciale importante sur le territoire de la Partie où elle est légalement constituée ou organisée*»¹⁹. Cet article exige une notification et une consultation préalable à l'exclusion. Il s'agit cependant d'une notification à l'Etat auquel appartient l'entreprise et d'une consultation interétatique. L'exclusion n'est pas aussi subordonnée à l'accord de l'Etat de l'investisseur. L'entreprise n'est même pas avisée de la volonté de l'Etat de l'exclure. Dans la mesure où l'ALENA, exige de l'investisseur d'adresser une notification d'intention de recourir à l'arbitrage avant d'introduire sa requête arbitrale, on peut s'attendre à ce que la consultation, la notification et l'exclusion suivront la réception par l'Etat de la notification d'intention²⁰.

15. Dans l'affaire *Yukos*, insistant sur la différence entre l'article 1113 (2) de l'ALENA et l'article 17 de la Charte, et sur l'absence d'une exigence de forme dans la Charte, la Russie a affirmé que l'exclusion n'était soumise à aucune condition de forme mais automatique. Comme dans l'affaire *Plama*, le tribunal a affirmé que le droit reconnu à l'État de refuser à une entité les avantages de la

18 ASEAN Framework Agreement on Services, [<http://www.aseansec.org/6628.htm>].

19 L'article 1113 alinéa 1er de l'ALENA, en revanche, ne pose pas de telles conditions de forme. Cet article prévoit, «1. Une Partie pourra refuser d'accorder les avantages du présent chapitre à un investisseur d'une autre Partie qui est une entreprise de cette autre Partie et aux investissements effectués par cet investisseur, si des investisseurs d'un pays tiers possèdent ou contrôlent l'entreprise et si la Partie qui refuse d'accorder les avantages.

a) n'entretient pas de relations diplomatiques avec le pays tiers; ou

b) adopte ou maintient, à l'égard du pays tiers, des mesures qui interdisent les transactions avec l'entreprise ou qui seraient violées ou tournées si les avantages du présent chapitre étaient accordés à l'entreprise ou à ses investissements». Voir aussi l'article 1005, 1211 de l'ALENA.

20 Cet article qui n'a pas été testé, à notre connaissance, a été discuté brièvement dans la sentence *Waste Management II*. Le tribunal s'est référé à une «*conditions for commencing arbitrations*» pour éviter le «*protection shopping*», précitée, § 80.

partie III n'opérait pas automatiquement, mais devait être exercé. Il a rejeté ainsi tout effet automatique à l'exclusion et a confirmé son caractère formel. Pour qu'elle soit opérante, l'exclusion requiert donc une action de la part de l'État²¹.

Cette interprétation pourrait reposer sur l'histoire de la clause. En effet, le formalisme de l'exclusion semble être soutenu s'agissant des clauses de l'exclusion des avantages prévues dans les anciens traités d'amitié américains. H. Walker Jr souligne ainsi que: «*it will be noted that this reservation does not specify an automatic condition precedent to the enjoyment of treaty rights by companies; rather, it is a latent protective clause which a party may utilize if it wishes to take the initiative of so doing*»²².

16. Toutefois, cette analyse n'est pas partagée par certains tribunaux arbitraux interprétant ce même article 17 de la Charte.

Dans la sentence *Petrobart*, le tribunal n'a subordonné le jeu de l'exclusion à aucun acte formel. Il a traité l'article 17 comme une exception qui pouvait être invoquée par l'État dès que les conditions posées sont remplies²³.

Dans le même sens, dans l'affaire *AMTO*, le tribunal n'a évoqué aucune exigence formelle pour le jeu de l'exclusion. Selon le tribunal arbitral l'article 17 doit être lu, en combinaison avec l'article 1 (7) de la Charte qui définit les investisseurs protégés. En effet, selon le même tribunal, la lecture combinée de ces deux articles montre l'existence de deux catégories d'investisseurs dans la Charte. D'une part, il y a des investisseurs qui bénéficient d'une protection irrévocable. D'autre part, il y a des investisseurs qui bénéficient d'une protection révocable. Ces derniers sont les entités visées par l'article 17²⁴. Le tribunal a ajouté que cette protection révocable est compatible avec les objectifs de la Charte. En effet, «*Long term economic cooperation', 'complementarities' or 'mutual benefits' are unlikely to materialise for the host State with a State that serves as a nationality of convenience devoid of economic substance for an investment vehicle, or a State with which it does not enjoy normal diplomatic or economic relations*»²⁵. En traitant l'article 17 comme une condition négative à la qualification de l'investisseur, le tribunal le traite comme une exception. Si ces conditions sont remplies, l'article 17 intervient automatiquement pour disqualifier les entités dont le rattachement est purement formel. Cette analyse pourrait s'appuyer sur l'opinion dissidente du juge américain Reavley dans l'affaire *Michael E. Spiess* qui a qualifié la clause d'exclusion des avantages

21 *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, précité, § 456.

22 H. Walker Jr, précité, p. 388.

23 Ben Hamida, précité, p. 37.

24 § 61.

25 § 61.

prévue dans l'article XXI(1)(e) du traité de commerce Etats-Unis-Japon²⁶ comme «*an exception to the general test of corporate nationality*»²⁷.

17. Bien plus, sur le plan pratique l'approche retenue dans les sentences *Plama* et *Yukos* sur le caractère formel de l'exclusion conduit à exiger de chaque Etat d'examiner les investissements réalisés sur son territoire, de faire des investigations poussées pour vérifier la réunion des conditions de l'article 17 et d'adopter une déclaration par laquelle il exclut l'entité du bénéfice de la partie III de la Charte. Tout cela pour se prémunir contre une réclamation arbitrale qui reste hypothétique sauf à admettre des exclusions générales ou abstraites, ce qui constitue une sorte de réserve à la Charte dont la validité pourrait soulever des controverses. En effet, une lecture des travaux préparatoires de la Charte pourrait montrer que les parties n'ont pas conçu l'article 17 comme une réserve. De même, selon l'article 46 de la Charte «*aucune réserve ne peut être faite à l'égard du présent traité*».

18. En outre, on remarque que lorsque les rédacteurs de la Charte ont voulu subordonné l'exercice de certains droits à des conditions de forme, ils l'ont formulé explicitement, en exigeant souvent des déclarations préalables par l'Etat.²⁸ On peut donc en déduire que le silence de l'article 17 sur la forme ou sur la nécessité d'une déclaration doit conduire à rejeter tout formalisme en la matière.

19. Encore plus, l'existence d'un acte formel d'exclusion a été justifiée par la protection des attentes légitimes de l'investisseur, la bonne foi et la sécurité juridique²⁹. Toutefois, il est possible de soutenir que l'investisseur qui réalise un investissement dans le secteur énergétique est conscient de l'existence de la possibilité pour l'Etat d'exclure les avantages de la Charte si les conditions d'exclusion sont remplies. Traiter l'exclusion comme une faculté automatique, donc, ne portera atteinte ni à sa sécurité juridique ni à ses attentes légitimes. Une société qui est contrôlée par les ressortissants d'un Etat tiers et qui n'a pas d'activité dans l'Etat où elle est incorporée n'a aucune attente légitime à la protection de la Charte. Il serait curieux de la protéger, en raison de l'absence d'une déclaration formelle d'exclusion de l'Etat. En d'autres termes, les impératifs de sécurité, de bonne foi et du respect des attentes légitimes qui ont justifié le formalisme de l'exclusion sont discutables. Si l'entité a un rattachement purement formel avec l'Etat de l'incorporation, elle doit logiquement s'attendre à une telle exclusion.

26 Cet article prévoit: «*The present Treaty shall not preclude the application of measures ... denying to any company in the ownership or direction of which nationals of any third country or countries have directly or indirectly the controlling interest, the advantages of the present Treaty, except with respect to recognition of juridical status and with respect to access to courts of justice and to administrative tribunals and agencies*».

27 H. Walker Jr, précité, p. 388.

28 Voir par exemple, l'article 7(10)(a) (transit), Article 26(3)(b)(i) (règlement des différends), Article 26(3)(c) (les accords d'investissement).

29 Voir la décision *Plama* et notre chronique précitée, p. 37.

20. Enfin, si un formalisme est reconnu, on peut se demander pourquoi l'Etat en assume seul la responsabilité et les conséquences du non respect. L'investisseur qui a des doutes sur l'application de l'article 17 peut prendre l'initiative, à titre préventive, pour savoir si son projet peut bénéficier de la protection de la Charte. Tant que l'investisseur n'a pas sollicité de la part de l'administration une prise de position claire en lui apportant les éléments utiles relatifs au contrôle et à l'exercice de ses activités dans l'Etat d'incorporation, l'Etat défendeur peut lui refuser la protection si les conditions de l'article 17 sont remplies³⁰.

II.B) LES MODALITÉS DU FORMALISME

21. Après avoir subordonné l'exclusion à un acte formel, le tribunal arbitral dans l'affaire *Yukos* a examiné les modalités d'exercice de cette exclusion.

22. Il a refusé un argument russe selon lequel cette exclusion résultait de la conclusion de l'Accord de partenariat et de coopération entre l'Union européenne et la Fédération de Russie en 1994³¹. Selon l'article 30 (h)³² de cet accord, les sociétés qui ont leur siège statutaire en Russie ou dans l'Union Européenne ne peuvent être considérées comme des sociétés russes ou communautaires que lorsqu'elles justifient d'un lien réel et continu avec l'économie d'un Etat membre. La Russie a soutenu que cet article interdisait aux entités qui n'avaient qu'un rattachement formel avec Chypre et l'île de Man de bénéficier des avantages de la Charte. Le tribunal arbitral a rejeté cet argument. Il a constaté que la charte et l'accord étaient deux traités autonomes et que même s'ils avaient un domaine commun, aucune disposition dans l'un ne se référait à l'autre³³.

23. Le tribunal a considéré aussi qu'une référence dans le mémoire de la défense de la Russie excluant les avantages de Charte à la société demanderesse ne suffisait pas pour priver cette dernière du bénéfice de la Charte³⁴. Evoquant, les objectifs de promotion et de protection des investissements exprimé dans l'article 2 et l'article 10 de la Charte, le tribunal a décidé que l'exclusion résultant du mémoire de défense ne produisait ses effets que pour l'avenir. Le

30 B. Poulain, La clause de déni des avantages du Traité sur la Charte de l'Energie (TCE): une disposition visée de tout intérêt par la jurisprudence arbitrale, *Gazette du Palais, Les Cahiers de l'Arbitrage* 2009, n° 4, pp. 38.

31 L'accord de partenariat et de coopération entre la Russie et l'Union européenne (APC) a été signé en juin 1994 à Corfou, pour une durée reconductible de dix ans. Il est entré en vigueur le 1^{er} décembre 1997. Sur le plan économique et commercial, l'APC est censé mettre en place les conditions de la création à terme d'une zone de libre-échange.

32 L'article 30 (h) dispose «a 'Community company' or a 'Russian company' respectively shall mean a company set up in accordance with the Laws of n Member State or of Russia respectively and having its registered office or central administration, or principal place of business in the territory of the Community or Russia respectively. I however, should die company, set up in accordance with the laws of a Member State or Russia respectively, have only its registered office in the territory of the Community or Russia respectively, the company shall be considered a Community or Russian company respectively if its operations possess a real and continuous link with the economy of one of the Member States or Russia respectively».

33 *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, § 457.

34 *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, § 458.

tribunal a estimé que «*on the basis of the evidence before it, that Respondent has not denied and cannot now be heard to deny, and will not be able to deny to Claimant in any merits phase of these proceedings, the advantages and the benefits of Part III of the ECT on the basis of Article 17*»³⁵.

24. Curieusement, ces mêmes objectifs de la Charte ont été invoqués dans l'affaire *AMTO* pour soutenir une interprétation moins favorable à l'investisseur. Le tribunal a décidé que l'article 17 disqualifie systématiquement les entités qui n'ont qu'un rattachement formel avec l'Etat de leur constitution et qu'une protection révocable est conforme aux objectifs de la Charte.

25. Plus généralement, on ne peut que déplorer «l'abus des objectifs et des préambule» qui caractérise le droit actuel des investissements. La tendance de certains tribunaux arbitraux de fonder l'interprétation de certaines dispositions en se référant à des objectifs vagues souvent prévus dans les préambules des traités d'investissements est une tentation à éviter. Certes, le préambule est une partie du texte du traité et doit être pris en considération pour déterminer sa signification. Mais, on peut se demander si ces préambules vagues et généraux, qui nécessitent d'ailleurs une interprétation et qui admettent un sens et son contraire peuvent réellement aider l'interprète pour déterminer la signification des règles prévues dans les traités d'investissement. Voilà une même disposition «*Le présent traité établit un cadre juridique destiné à promouvoir la coopération à long terme dans le domaine de l'énergie, et fondé sur la complémentarité et les avantages mutuels, conformément aux objectifs et aux principes de la Charte*» qui a été invoquée pour justifier deux interprétations opposées, l'une favorable à l'Etat, l'autre à l'investisseur. Ce n'est pas parce que le préambule d'un traité se réfère à la protection ou à la promotion que toutes les dispositions du traité doivent être interprétées dans un sens favorable à l'investisseur. Ce n'est pas parce que le même préambule évoque le développement que ce dernier doit être intégré dans la définition de l'investissement qui ne s'y réfère pas. Loin de constituer un critère juridique déterminant le champ d'application du traité, la référence au développement peut être un simple but politique, une conséquence ou un objectif recherché par les partenaires qui concluent un traité d'investissement.

III – LES CONDITIONS DE FOND A L'EXCLUSION DES AVANTAGES

26. L'existence de conditions de fond à l'exclusion des avantages est un dénominateur commun accepté par les différents tribunaux arbitraux. Cette question ne fait pas l'objet de contestation. La jurisprudence reconnaît que l'exclusion d'une entité des avantages de la partie III de la Charte est subordonnée à deux conditions. D'une part, cette entité doit appartenir ou est contrôlée par les citoyens ou les ressortissants d'un Etat tiers. D'autre part, elle ne doit pas exercer d'activités commerciales substantielles dans l'Etat où elle est constituée.

35 Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, § 459.

Les sentences commentées examinent la nature de ces deux conditions (a), leur signification (b) et leur preuve (c).

III.A) LA NATURE DES EXIGENCES DE FOND

27. Dans les affaires *AMTO*³⁶ et *Yukos*³⁷, les deux tribunaux confirment le caractère cumulatif des deux exigences prévues dans l'article 17. Pour être exclue, l'entité doit non seulement être contrôlée par des ressortissants ou des citoyens d'État tiers mais aussi ne doit pas avoir une activité substantielle dans l'État où elle est enregistrée. Une société contrôlée par les ressortissants d'un Etat tiers ne peut pas être exclu si elle a une activité commerciale substantielle dans l'Etat dans laquelle elle est constituée. De même, une société contrôlée par les ressortissants d'un Etat partie de la Charte ne peut pas être exclue même si elle n'a pas d'activité dans l'Etat où elle est constituée. En d'autres termes l'exclusion est subordonnée à ces deux conditions cumulatives.

28. La même position a été adoptée dans la sentence *Generation Ukraine* s'agissant de l'interprétation de l'article I (2) du TBI Etats-Unis-Ukraine³⁸. La question qui a occupé le tribunal était d'interpréter le terme «and». Cet article admet deux interprétations. La première consiste à dire que la société incorporée dans un État partie pourrait être exclue si elle est contrôlée par des ressortissants d'un État tiers ou si elle n'a pas d'activité substantielle. En d'autres termes, ces conditions sont alternatives. La deuxième, en revanche, consiste à soutenir que l'exclusion est subordonnée à la réunion de ces deux conditions. En l'absence de travaux préparatoires permettant d'établir l'intention des États signataires du TBI, le tribunal a favorisé la deuxième interprétation³⁹.

III.B) LA SIGNIFICATION DES EXIGENCES DE FOND

29. Les sentences commentées examinent, au moins partiellement, les notions de contrôle par les ressortissants et les citoyens d'un Etat tiers et l'exercice d'activités commerciales substantielles.

30. S'agissant du contrôle, les tribunaux *Yukos* et *AMTO* n'hésitent pas à analyser la structure des entités pour déterminer les ressortissants qui contrôlent la société. Dans l'affaire *AMTO*, le capital de la société AMTO est détenu par Five Key Invest & Assets Limited Holding JSC, société incorporée en Liechtenstein. Les actions de cette dernière appartiennent à une fondation "Key's Depository Foundation, Vaduz, établie aussi en Liechtenstein. Après une analyse de la structure de la société Amto, le tribunal a conclu que le véritable propriétaire

36 § 62

37 *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, § 460.

38 «Each Party reserves the right to deny to any company the advantages of this Treaty if nationals of any third country control such company and, in the case of a company of the other Party, that company has no substantial business activities in the territory of the other Party or is controlled by nationals of a third country with which the denying Party does not maintain normal economic relations».

39 § 15.5-15.6.

d'AMTO était en réalité un national de la Fédération Russe. Soulignant que la seconde condition relative à l'exercice d'activité commerciale substantielle fait défaut, le tribunal a refusé de répondre à la question de savoir si la Russie était un Etat contractant ou non de la charte⁴⁰. Dans l'affaire *Yukos*, on trouve un examen détaillé de l'organisation des entités demandereses. Le tribunal a examiné minutieusement les trusts qui se cachent derrière ces entités⁴¹. Il est arrivé ainsi à la conclusion que Yukos Universal Limited était contrôlée par des sociétés anglaises. On note cependant, une différence, entre les deux sentences en ce que dans la sentence AMTO, le tribunal a enquêté jusqu'à trouver les personnes physiques qui contrôlent la société alors que dans l'affaire *Yukos*, le tribunal a admis que le contrôle peut être exercée par une personne morale.

31. Les deux tribunaux considèrent aussi que la notion d'Etat tiers visée dans l'article 17 se référait à un Etat non contractant et n'incluait donc pas la l'Etat d'accueil de l'investissement. Le contrôle qui exclut l'entité du bénéfice de la Charte est le contrôle de ressortissants d'Etat tiers. Le contrôle des ressortissants de l'Etat hôte ne permet pas une telle exclusion. Dans la sentence AMTO, le tribunal a affirmé, «*Third state' is not defined in the ECT, but is used in Article 1(7) in contradistinction to 'Contracting Party', which suggests that a third state is any state that is not a Contracting Party to the ECT*»⁴². Dans la sentence *Yukos*, le tribunal a rejeté un argument selon lequel, le contrôle de la société Yukos par les ressortissants de l'Etat hôte doit justifier une exclusion *a fortiori*. Le Tribunal a jugé que la Charte distingue clairement entre un Etat contractante et un Etat tiers et que la Russie n'était pas un Etat tiers aux fins de l'article 17 de la Charte⁴³.

L'analyse est justifiée. En effet, dans certains TBI, la clause d'exclusion couvre les entités incorporées dans un Etat signataire du TBI mais contrôlée par les ressortissants de l'Etat hôte partie au litige. Le TBI Argentine Etat-Unis prévoit ainsi, «*[e]ach Party reserves the right to deny to any company of the other Party the advantages of this Treaty if (a) nationals of any third country, or nationals of such Party, control such company and the company has no substantial business activities in the territory of the other Party....*»⁴⁴. On peut donc en déduire que la Charte de l'énergie en ne visant pas le contrôle des ressortissants de l'Etat hôte ne l'admet pas comme motif d'exclusion.

32. Cependant, les deux tribunaux ne définissent pas le contrôle et n'indiquent aucun seuil⁴⁵. Les deux tribunaux n'essayent d'expliquer les notions de «*citoyens ou les ressortissants*» visés dans l'article 17.

40 § 66.

41 § 535.

42 § 62.

43 § 544.

44 Treaty between the United States of America and the Argentine Republic Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, Nov. 14, 1991, at art. 1(2).

45 Le Tribunal *Plama* a affirmé que les termes contrôle et propriété utilisés dans l'article 17 sont alternatifs. Il a souligné que la propriété inclut la propriété indirecte et que le contrôle englobe le contrôle de fait qui

33. S'agissant de la seconde condition, le tribunal *AMTO* a reconnu le caractère large de la notion d'«activités commerciales substantielles». Il a constaté, qu'en l'espèce, on pouvait considérer qu'*AMTO* menait des activités substantielles en Lettonie du seul fait qu'il est propriétaire en Lettonie d'un local impliquant l'emploi d'un personnel restreint mais stable. Selon le tribunal, «*The ECT does not contain a definition of 'substantial', nor does the Final Act of the European Energy Charter Conference that would serve as guidance for interpretation. As stated above, the purpose of Article 17(1) is to exclude from ECT protection investors which have adopted a nationality of convenience. Accordingly, 'substantial' in this context means 'of substance, and not merely of form'. It does not mean 'large', and the materiality not the magnitude of the business activity is the decisive question*»⁴⁶.

III.c) LA PREUVE DES EXIGENCES DE FOND

34. La sentence *AMTO* contient quelques précisions sur le régime de la preuve de l'article 17 qui doivent être soulignées. Le tribunal a noté une différence dans la rédaction entre le § 1 et le §2 de l'article 17⁴⁷. Dans le §2 qui concerne l'exclusion pour des raisons politiques la charge de la preuve pèse sur l'Etat. En revanche, l'alinéa 1er qui concerne l'exclusion en raison de l'absence d'un rattachement effectif est plutôt neutre.

Le tribunal a affirmé que la charge de la preuve pèse sur l'Etat qui souhaite exclure une entité qui n'a qu'un rattachement formel avec l'Etat où elle est constituée. La même position a été adoptée dans la sentence *Generation Ukraine* s'agissant de l'interprétation de l'article I (2) du TBI Etats-Unis Ukraine. Dans cette sentence, le tribunal a décidé que la réunion des conditions justifiant l'exclusion d'une société incombait à l'État et non à l'investisseur⁴⁸.

35. Pour autant, le tribunal *AMTO* n'exclut tout rôle à l'investisseur en la matière. En effet, dans la mesure où l'application de l'article 17 (1) requiert la connaissance de la structure de l'entité et son activité, il pèse sur cette dernière «*a duty to disclose evidence so that a respondent could request the disclosure of specific documents from the claimant where the documentation is not otherwise accessible*»⁴⁹. On souligne que dans l'affaire *Plama*, dans sa décision sur la compétence, le tribunal arbitral n'était pas très précis sur la charge de la

implique la faculté d'exercer une influence substantielle sur la gestion, les opérations, la désignation des administrateurs, W. Ben Hamida, chronique précitée, p. 35.

46 La démonstration de la réunion des conditions était parfois hâtive. Ainsi dans la décision, *Pan American Energy LL*, le tribunal arbitral se contente d'une simple affirmation sans aucune démonstration. Il énonce «*With respect to Argentina's invocation of the "denial of benefits" clause in Article I(2) of the BIT with respect to PAE – that entity, though being a US company, would not have substantial business contacts with the United States and is controlled by nationals of a third country –, the Claimants have convincingly shown that, as a matter of fact, PAE is controlled by BP America and BP Argentina, which are both US companies and have both substantial business contacts in the United States*», décision précitée, § 221.

47 § 63.

48 W. Ben Hamida, chronique précitée, p. 35-36.

49 § 64-65.

preuve⁵⁰. Dans sa sentence, il semble qu'il a mis à la charge de l'investisseur, au moins, la preuve qu'il est contrôlé par les citoyens ou des ressortissants d'Etat contractants⁵¹.

50 Décision précitée, § 167.

51 Sentence précitée, § 82 et § 94.