

RG n°19/04161
Notifiées par RPVA le 4 février 2021
Clôture 8 février 2021
Audience 8 février 2021

A Mesdames et Messieurs les Président et
Conseillers composant la Chambre 16,
Pôle 5 de la Cour d'appel de Paris

**RECOURS EN ANNULATION A L'ENCONTRE
D'UNE SENTENCE ARBITRALE RENDUE EN FRANCE
(ART. 1520 du CPC)
CONCLUSIONS N°4**

POUR :

La **FEDERATION DE RUSSIE**, Agissant par le Ministère de la Justice de la Fédération de Russie, lui-même représenté par Monsieur Konstantin Chuychenko, Ministre de la Justice de la Fédération de Russie, ayant tous pouvoirs pour agir au nom de la Fédération de Russie, 14, rue Gitnaya - Moscou - Fédération de Russie ;

Ayant pour avocat postulant : la SELARL LEXAVOUE PARIS-VERSAILLES, agissant par Maître Matthieu BOCCON-GIBOD, avocat au barreau de Paris, 89, Quai d'Orsay à PARIS 75007 (Tél : 01.39.07.21.21 Fax : 01.39.07.21.22), Vestiaire : C 2477

Ayant pour avocats plaidants : Maîtres Andrea PINNA et Anne-Fleur DORY, Avocats au barreau de Paris, FOLEY HOAG AARPI, 153, rue du Faubourg Saint-Honoré à PARIS 75008 (Tél. : 01 70 36 61 30 - Fax : 01 70 36 61 31), Vestiaire : B 1190

Recourante

CONTRE :

La société par actions publique Public Joint Stock Company "State Savings Bank of Ukraine" également connue sous le nom de : **JSC OSCHADBANK**, Ayant son siège social 12G, rue Hospitalna - Kiev 01001, Ukraine (ci-après « OSCHADBANK » ou la « BANQUE ») ;

Ayant pour avocat postulant : la SELARL PELLERIN – DE MARIA – GUERRE, avocats associés au Barreau de Paris, ayant son siège 20 rue du Pont Neuf à Paris (75001), agissant par Me Luca DE MARIA, Vestiaire : L 18



Ayant pour avocats plaidants : Maîtres Philippe PINSOLLE et Thomas VOISIN, du cabinet Quinn Emmanuel Urquhart & Sullivan, LLP, 6, rue Lamennais, 75008, Paris, France, Vestiaire : L 0055

Défenderesse au recours



Les présentes sont les conclusions n°4 de la Fédération de Russie. Leur contenu est inchangé par rapport aux conclusions n°3 notifiées le 21 janvier 2021. Seul un addendum encadré après le paragraphe 187 a été ajouté pour répondre au moyen de droit nouveau invoqué par Oschadbank dans ses conclusions notifiées le 1^{er} février 2021.



PLAISE A LA COUR

1. Le différend qui oppose Oschadbank à la Fédération de Russie a pris naissance en raison de la décision d'Oschadbank, en exécution des décisions émanant des autorités ukrainiennes, de cesser toute activité en Crimée, en lien avec l'accession de celle-ci à la Fédération de Russie en mars 2014.
2. Oschadbank prétend que c'est à la suite de ce qu'elle désigne « l'annexion » de la Crimée, que sa succursale aurait été expropriée par la Fédération de Russie et que celle-ci constituait un investissement au sens du Traité bilatéral conclu le 27 novembre 1998 entre la Fédération de Russie et l'Ukraine sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements (ci-après le « TBI »). Un tel investissement serait protégé par le TBI parce que, entre autres, réalisé sur le territoire de la Fédération de Russie.
3. En même temps, tout comme l'Ukraine, Oschadbank considère toutefois que la Crimée ne fait pas partie de la Fédération de Russie, en raison d'une prétendue « annexion illégale ». L'incohérence est patente : comment d'un côté considérer que la Crimée ne fait pas partie de la Fédération de Russie, mais qu'en même temps il conviendrait de retenir le contraire pour l'application du TBI.
4. Comme il sera démontré, la question de savoir au territoire de quel État (la Russie ou l'Ukraine) la Crimée fait partie est une des conditions d'application du TBI. En présence d'une contestation territoriale, le TBI ne saurait s'appliquer concernant la Crimée, car il ne peut l'être que sur des zones territoriales mutuellement reconnues.
5. Les questions posées par le différend territorial n'étaient toutefois pas de la compétence du tribunal arbitral, à qui il n'appartenait pas de trancher cette question, mais ne pouvait que se déclarer incompétent après avoir constaté l'existence de la contestation territoriale.
6. L'annulation de la sentence arbitrale est au demeurant encourue pour d'autres raisons que la seule incompétence territoriale. En effet, les conditions de compétence *ratione materiae* (existence d'un investissement) et *ratione temporis* (date de réalisation de l'investissement) font également défaut.
7. S'agissant de cette dernière condition, il est récemment apparu qu'Oschadbank s'est rendue coupable d'avoir dissimulé frauduleusement le fait que la succursale de Crimée a été acquise et exploitée par Oschadbank avant le 1^{er}

janvier 1992, c'est-à-dire à une date à laquelle le TBI ne s'applique pas (article 12). Une telle circonstance n'entraîne pas seulement l'annulation au motif que les arbitres se sont déclarés à tort compétents, mais aussi en raison de la fraude procédurale sanctionnée au titre de l'ordre public international de procédure (article 1520 5° du Code de procédure civile).

8. A cela s'ajoute le fait que le tribunal arbitral n'a pas fait preuve de la diligence requise d'un arbitre dans l'examen d'un dossier. Dans le cas contraire, le tribunal arbitral aurait été conduit à se déclarer incompétent ou, à tout le moins, rejeter les demandes d'Oschadbank au fond.

9. Ces circonstances entraînent la nullité de la sentence arbitrale sur le fondement de plusieurs griefs prévus par l'article 1520 du Code de procédure civile.





TABLE DES MATIÈRES

PLAISE A LA COUR.....3

TABLE DES MATIÈRES.....5

PARTIE I – LES FAITS ET LA PROCEDURE8

 §1 Les mesures de régulation du secteur bancaire après l’accession de la Crimée à la Fédération de Russie 10

 §2 La cessation par Oschadbank de ses activités en Crimée 11

 §3 Les mesures mises en œuvre à l’égard d’Oschadbank aux fins d’indemnisation de ses clients en Crimée..... 12

 §4 L’arbitrage initié par Oschadbank contre la Fédération de Russie 14

 §5 Le recours en annulation objet de la présente instance et l’incident aux fins d’arrêt de l’exécution 16

 §6 Le recours en révision introduit au mois d’août 2019 20

PARTIE II – LE DROIT.....26

Chapitre 1 – Le tribunal arbitral s’est déclaré à tort compétent26

 Section 1 - Les conditions d’application du TBI.....30

 Section 2 – Les conditions d’application du TBI ne sont pas réunies.....32

 Sous-section 1 – Le TBI n’est pas applicable au différend qui oppose Oschadbank à la Fédération de Russie.....33

 §1 – Le TBI est inapplicable dès lors que le prétendu investissement d’Oschadbank a été réalisé avant le 1^{er} janvier 1992 (compétence *ratione temporis*) 33

 A. – Le prétendu investissement a été réalisé avant le 1^{er} janvier 1992...35

 1. – Oschadbank a été créée avant le 1^{er} janvier 1992 35

 2. – La Succursale en Crimée a été créée avant le 1^{er} janvier 199239

 B. – Le TBI ne s’applique qu’aux investissements réalisés à compter du 1^{er} janvier 199241

 1. – Le sens de la condition posée par l’article 12 du TBI.....42

 2. – L’inanité factuelle et juridique de la position d’Oschadbank quant à l’interprétation du TBI 50

 §2. – Le TBI n’est pas applicable territorialement à la Crimée (compétence *ratione loci*).....60

 A. – Le TBI ne peut pas s’appliquer sur un territoire contesté par les États parties et à défaut de réciprocité 61

1. – Le TBI est inapplicable en ce qui concerne la Crimée, territoire non mutuellement reconnu	62
2. – L’inapplicabilité du TBI en raison du défaut de réciprocité en ce qui concerne la Crimée.....	68
B. – L’incompétence du tribunal arbitral pour trancher le différend territorial sur la Crimée	73
Sous-section 2 – Les conditions de protection prévues par le TBI ne sont pas réunies (compétence <i>ratione materiae</i>).....	78
§1 Le TBI ne peut trouver application qu’en présence d’un investissement qui est étranger dès la date de sa réalisation	79
A. – Les termes du TBI	80
B. – L’objet, le but et le contexte du TBI	86
§2 L’inanité du raisonnement adopté par le tribunal arbitral et défendu par Oschadbank.....	88
Section 3 – La Fédération de Russie n’a pas renoncé à se prévaloir de l’incompétence du tribunal arbitral	97
Sous-section 1 – Les conditions d’une renonciation de l’article 1466 du CPC ne sont pas réunies en l’espèce.....	99
§1 La Fédération de Russie a soulevé l’incompétence du tribunal arbitral et Oschadbank l’a même reconnu.....	99
§2 La Fédération de Russie ignorait qu’Oschadbank avait acquis la Succursale en Crimée avant le 1 ^{er} janvier 1992	102
Sous-section 2 – Oschadbank fait dire à l’article 1466 du CPC ce qu’il ne prévoit pas	103
Sous-section 3 – L’article 1466 CPC n’interdit pas à une partie qui n’a pas participé à l’instance arbitrale d’invoquer l’irrégularité	106
Chapitre 2 – La fraude procédurale commise par Oschadbank caractérise la violation de l’ordre public international.....	110
Section 1 – Les conditions de la fraude procédurale en droit français de l’arbitrage	111
Section 2 – Les conditions de la fraude procédurale sont remplies en l’espèce	112
Chapitre 3 – Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée.....	119
Section 1 – Le tribunal arbitral n’a pas consacré le temps nécessaire à l’examen du dossier.....	119
Section 2 – Le tribunal arbitral n’a pas procédé aux vérifications qui lui incombaient au titre de sa mission.....	128



Sous-section 1 – Le tribunal arbitral ne s’est pas conformé à sa mission dans l’examen de sa propre compétence	129
Sous-section 2 – Le tribunal arbitral ne s’est pas conformé à sa mission dans l’examen du fond de l’affaire	133
§1 L’absence de vérification par le tribunal arbitral des affirmations d’Oschadbank quant à l’imputabilité des actes du DPF à la Fédération de Russie	134
§2 Les conditions posées par le droit international de l’imputabilité des actes du DPF à la Fédération de Russie	136
§3 Le dossier d’arbitrage démontre que les conditions de l’imputabilité des actes du DPF à la Fédération de Russie n’étaient pas réunies en l’espèce	139
PAR CES MOTIFS.....	143
LISTE DES PIECES PRODUITES	144



PARTIE I – LES FAITS ET LA PROCEDURE

10. La Cour d'appel de Paris est saisie d'un recours en annulation contre la Sentence arbitrale rendue le 26 novembre 2018¹ (la « Sentence ») par un tribunal arbitral siégeant à Paris composé de Messieurs Charles Brower, Hugo Perezcano Diaz, arbitres, et David Williams président, dans l'affaire n° 2016-14 sous l'égide de la Cour Permanente d'Arbitrage (ci-après la « CPA »).

11. Aux termes de cette Sentence, la Fédération de Russie a été condamnée à verser une somme en principal de 1.111.300.729 de dollars US à la société Public Joint Stock Company « State Savings Bank of Ukraine », également connue sous le nom de JSC Oschadbank (ci-après « Oschadbank » ou la « Banque »).

12. Si Oschadbank est une banque commerciale détenue par l'État d'Ukraine, son histoire est intimement liée à celle de l'Union soviétique.

13. Oschadbank est en effet la forme actuelle, prise au fil des restructurations successives du système bancaire soviétique, de la branche ukrainienne de la Sberbank de l'Union soviétique, elle-même successeur des Caisses d'épargne du travail de l'État. D'ailleurs « Caisse d'épargne » est traduit en langue russe par « Sberbank » et en langue ukrainienne par « Oschadbank ».

14. Dès la période soviétique, les Caisses d'épargne de travail de l'État détenaient une Succursale en Crimée dont le fonctionnement a perduré jusqu'en 2014².

15. Oschadbank et ses prédécesseurs ont ainsi implanté et exploité une succursale en Crimée durant plusieurs décennies, comme cela est d'ailleurs indiqué, bien que de façon vague, dans le mémoire en demande :

« [jusqu'à l'accession de la Crimée à la Fédération de Russie] Oschadbank had operated for decades as Crimea's largest banking operation through its local branch with the headquarters located at 55a Kyivska St. in Simferopol and its local subordinated outlets in Crimea »³.

16. Or, après l'accession de la République de Crimée et de la ville d'importance fédérale Sébastopol (ci-après la « Crimée » ou « la Péninsule de Crimée ») à la Fédération de Russie en mars 2014, Oschadbank a cessé ses activités en Crimée,

¹ Sentence arbitrale rendue le 26 novembre 2018, (ci-après la « Sentence ») (**pièce FR-1**). La traduction en langue française de la Sentence est produite à la demande de la Cour (**pièce FR-1b**).

² Voir *infra* §§ 137 et s.

³ Statement of Claim, § 91. La Fédération de Russie produit en **pièce FR-2** l'intégralité du dossier de la procédure arbitrale tel que reçu de la Cour Permanente d'Arbitrage.



contrevenant ainsi notamment aux mesures prises par les autorités afin de protéger les déposants.

17. C'est l'origine du litige qui a donné lieu à la Sentence arbitrale entreprise.

18. A titre préliminaire, il est dès à présent primordial de relever qu'il ne saurait être question ici de débattre des conditions de l'accession de la Crimée à la Fédération de Russie et de la licéité de son rattachement à cette dernière. Le tribunal arbitral constitué sur le fondement du TBI n'a jamais été compétent pour trancher une telle question⁴ et la Cour de céans ne l'est pas davantage.

19. Oschadbank, dans ses conclusions régularisées le 15 décembre 2020, tente pourtant de déporter le débat sur ce terrain en évoquant sans cesse une prétendue « invasion » de la Crimée. Elle n'hésite pas à affirmer, dès les toutes premières lignes de ses écritures, que « *le litige résulte de l'invasion militaire et de l'occupation de la Crimée par la Russie à partir du mois de février 2014, en violation du droit international* »⁵. Le but poursuivi par Oschadbank est manifestement de tenter de discréditer la Fédération de Russie aux yeux de la juridiction de céans.

20. La Fédération de Russie n'entend pas entrer dans un débat qui, on l'a dit, n'a pas lieu d'être ici, mais elle se permettra néanmoins très respectueusement d'exhorter la Cour à ne pas se laisser abuser par les affirmations d'Oschadbank. Non seulement elles n'ont pas leur place dans la présente instance, mais en tout état de cause, contrairement à ce que prétend Oschadbank, il n'est pas de condamnation unanime, comme contraire au droit international, de l'accession de la Crimée à la Fédération de Russie. En effet, contrairement à la thèse d'annexion territoriale illégale présentée par Oschadbank⁶, des éminents spécialistes de droit international penchent pour la conformité au droit international de l'indépendance de la Crimée, suivie par son adhésion à la Fédération de Russie⁷.

21. Au-delà de l'accession de la Crimée à la Fédération de Russie, le litige qui l'oppose à Oschadbank trouve son origine dans les faits relatés ci-dessous.



⁴ Ce qui est d'ailleurs l'une des multiples raisons pour lesquelles la Sentence doit être annulée.

⁵ Conclusions d'Oschadbank du 15 décembre 2020, § 4.

⁶ Conclusions d'Oschadbank du 15 décembre 2020, §§ 22 et s.

⁷ V. Par ex. C. Santulli, « La crise Ukrainienne : position du problème », Rev. Gén. Droit International Public, 2014, p. 799 et s, lequel considère que « *il y a lieu d'admettre qu'un titre territorial valable sur la Crimée s'est constitué au profit de la Russie* » (p. 813) (pièce FRJ-1).

§1 Les mesures de régulation du secteur bancaire après l'accession de la Crimée à la Fédération de Russie

22. Dès la fin du mois de mars 2014, plusieurs lois ont été adoptées par le Parlement de la Fédération de Russie afin de tenter de maintenir la pérennité des activités bancaires en Crimée et éviter la survenance d'une crise économique majeure.

23. Ainsi, d'abord, conformément à la Loi sur l'Accession (*Accession Law*) du 21 mars 2014, les banques ukrainiennes disposant d'une licence de la Banque Nationale Ukrainienne (*National Bank of Ukraine*, ci-après « NBU ») ont été autorisées à continuer à opérer en Crimée durant une période transitoire s'achevant le 1^{er} janvier 2015, au cours de laquelle les banques pouvaient obtenir une licence de la banque centrale russe, la Banque de Russie⁸.

24. La Loi fédérale de la Fédération de Russie N° 37-FZ du 2 avril 2014 sur les spécificités du fonctionnement du système financier de la République de Crimée et la ville d'importance fédérale de Sébastopol durant la période transitoire (*On Peculiarities of Funtioning of Financial System of the Republic of Crimea and the Federal City of Sevastopol within the Transitional Period*), a imposé certaines obligations aux banques ukrainiennes comme celle, par exemple, d'opérer en roubles (RUB)⁹.

25. Par ailleurs, la Banque de Russie a été investie du pouvoir de liquider les activités de la succursale d'un établissement bancaire qui ne satisferait pas à ces obligations ou manquerait à celles souscrites auprès de ses déposants¹⁰.

26. En outre, une autre loi du 2 avril 2014, la Loi fédérale de la Fédération de Russie N° 39-FZ sur la défense des intérêts des personnes physiques ayant des dépôts au sein de banques ou succursales de banques enregistrées et/ou opérant sur le territoire de la République de Crimée et sur le territoire de la ville d'importance fédérale de Sébastopol (*On the Defense of Interests of Natural Persons Having Deposits in Banks and solitary Structural subdivisions of Banks registered and/or Operating ont the Territory of the Republic of Crimea and on the Territory of the*

⁸ Elles pouvaient continuer à opérer durant une période transitoire instituée jusqu'au 1^{er} janvier 2015 et durant laquelle elles pouvaient obtenir une licence de la Banque de Russie, cf. Loi sur l'Accession, art. 17(2) cité par la Sentence arbitrale §68.

⁹ Loi fédérale de la Fédération de Russie N° 37-FZ du 2 avril 2014, article 3(1) (Pièce CE-129 dans l'arbitrage) (**pièce FR-2**).

¹⁰ Loi fédérale de la Fédération de Russie N° 37-FZ du 2 avril 2014, article 7(2) (Pièce CE-129 dans l'arbitrage) (**pièce FR-2**).



City of Federal significance, Sevastopol) a créé le Fonds de Protection des Déposants (ci-après le « DPF »)¹¹.

27. Ce dernier s'est vu confier la mission d'indemniser ces déposants de leurs pertes consécutives aux éventuels défauts des établissements bancaires¹². En échange, le DPF serait subrogé dans les créances détenues par des déposants contre des banques défailtantes et dont les activités en Crimée viendraient à être liquidées par la Banque de Russie¹³, avec la mission d'agir en justice directement contre les établissements bancaires en défaut afin d'obtenir le remboursement des créances¹⁴.

28. Au mépris de ces mesures de régulation dont l'objectif était d'assurer la continuité des opérations bancaires en Crimée et de protéger les déposants, Oschadbank n'en a pas moins pris la décision de cesser d'opérer en Crimée.

§2 La cessation par Oschadbank de ses activités en Crimée

29. Ainsi, au prétexte – avancé durant l'arbitrage – de protéger ses actifs en Crimée, Oschadbank a délibérément cessé d'effectuer la quasi-totalité des opérations bancaires courantes, n'a plus conclu de nouveaux contrats avec ses clients et a cherché à transférer en Ukraine l'ensemble des liquidités et des actifs de valeur dont disposait la Banque en Crimée, ainsi que les informations confidentielles concernant ses clients¹⁵.

30. Parallèlement, le 6 mai 2014, la NBU a édicté la Résolution N° 260, aux termes de laquelle elle a fait interdiction aux banques ukrainiennes de conduire des activités bancaires en Crimée à compter du 6 juin 2014¹⁶.



¹¹ Loi fédérale de la Fédération de Russie N° 39-FZ du 2 avril 2014 (Pièce CE-130 dans l'arbitrage) (pièce FR-2).

¹² Loi fédérale de la Fédération de Russie N° 39-FZ du 2 avril 2014, articles 7 et 8 (Pièce CE-130 dans l'arbitrage) (pièce FR-2).

¹³ Loi fédérale de la Fédération de Russie N° 39-FZ du 2 avril 2014, article 6 (Pièce CE-130 dans l'arbitrage) (pièce FR-2).

¹⁴ Loi fédérale de la Fédération de Russie N° 39-FZ du 2 avril 2014, article 7(3) (Pièce CE-130 dans l'arbitrage) (pièce FR-2).

¹⁵ Ce qu'Oschadbank reconnaît elle-même, cf. Statement of Claim, §§ 190, 196-199 (pièce FR-2).

¹⁶ Résolution N° 260 de la NBU en date du 6 mai 2014, §§ 3 à 5 (Pièce CE-179 dans l'arbitrage) (pièce FR-2).

31. Le 19 mai 2014, Oschadbank a informé la NBU de sa décision de mettre fin à ses activités en Crimée¹⁷ et, le 26 mai 2014, elle lui a notifié la cessation effective de ses opérations dans la région¹⁸.

32. Le 27 mai 2014, la NBU a supprimé du Registre d'État d'Ukraine des Banques (*Ukrainian State Register of Banks*) la Succursale de Crimée d'Oschadbank et ses agences¹⁹.

33. Concomitamment, face aux manquements d'Oschadbank à ses obligations relatives au fonctionnement de sa Succursale en Crimée, la Banque de Russie n'a eu d'autre choix, le 26 mai 2014, que de prononcer la liquidation des activités de celle-ci, conformément à l'article 7 de la Loi fédérale de la Fédération de Russie N° 37-FZ du 2 avril 2014, « *en raison de l'inexécution de ses obligations à l'égard de ses créanciers (déposants) résultant des actions de la succursale située sur le territoire de la République de Crimée et la ville d'importance fédérale de Sébastopol* » (« *due to non-fulfillment of obligations towards creditors (depositors) arising from actions of solitary structural subdivisions located on the territory of the Republic of Crimea and the city of federal significance, Sevastopol* »)²⁰. Le même jour, le DPF a annoncé qu'il commencerait à recevoir les demandes de dédommagement des clients d'Oschadbank à compter du 29 mai 2014²¹.

§3 Les mesures mises en œuvre à l'égard d'Oschadbank aux fins d'indemnisation de ses clients en Crimée

34. Le 29 mai 2014, face aux « *multiples demandes (plaintes) émanant de personnes physiques qui avaient précédemment conclu des conventions de dépôt et ouvert des comptes auprès de [Oschadbank]* », (« *numerous applications (complaints) from physical persons who earlier entered into bank deposit and bank account agreements (hereinafter referred to as the "agreements) with [Oschadbank]* »), laquelle n'exécutait pas ses obligations résultant des contrats passés avec ses clients, le Parquet de Crimée a engagé une procédure judiciaire devant la Cour de Simferopol afin de faire cesser les manquements de la Banque²².

¹⁷ Correspondance électronique adressée par Oschadbank à la NBU en date du 19 mai 2014 (Pièce CE-188 dans l'arbitrage) (pièce FR-2).

¹⁸ Correspondance électronique adressée par Oschadbank à la NBU en date du 26 mai 2014 (Pièce CE-192 dans l'arbitrage) (pièce FR-2).

¹⁹ Statement of Claim, § 206 (pièce FR-2).

²⁰ Décision de la Banque de Russie en date du 26 mai 2014 (Pièce CE-189 dans l'arbitrage) (pièce FR-2).

²¹ Extrait du site Internet du DPF, communication *On Compensation Payments and Acquisition of Rights (Claims)* en date du 26/05/2014 (Pièce CE-195 dans l'arbitrage) (pièce FR-2).

²² Réquisitions du Procureur adjoint de Crimée en date du 29 mai 2014 (Pièce CE-203 dans l'arbitrage) (pièce FR-2).



35. Conformément aux dispositions des articles 139 et 140 du Code de Procédure civile de la Fédération de Russie, le Parquet a également sollicité qu'à titre de mesure provisoire, les actifs d'Oschadbank en Crimée soient administrés par le DPF²³, demande à laquelle la Cour de Simferopol a fait droit sans délai compte tenu de l'urgence²⁴.

36. Le 17 septembre 2014, la Cour de Simferopol s'est prononcée au fond et, constatant que la Succursale de Crimée d'Oschadbank avait liquidé ses opérations à la fin du mois d'avril 2014 et avait cessé d'exécuter ses obligations contractuelles à l'égard de ses clients, elle a ordonné à Oschadbank de « *cesser ses agissements (inactions) illégaux caractérisés par les manquements à ses obligations résultant des contrats conclus avec ses déposants* » (« *to cease unlawful actions (inactions) in the form of failure to perform obligations arising out of the concluded deposit agreements* »)²⁵.

37. Parallèlement, conformément aux dispositions de la Loi fédérale de la Fédération de Russie N° 39-FZ du 2 avril 2014 sur la protection des déposants, le DPF a, comme il l'avait annoncé, commencé à instruire les demandes de remboursement des clients victimes des agissements d'Oschadbank et de la cessation de ses activités.

38. Durant la seule année 2014, le montant des indemnités versées par le DPF aux déposants s'élevait ainsi à environ 4,6 milliards de roubles (RUB) – soit plus de 60 millions d'euros²⁶.

39. Afin d'obtenir le remboursement des sommes versées aux anciens clients d'Oschadbank, le DPF a par ailleurs exercé contre celle-ci les actions récursoires ouvertes, notamment, par la Loi précitée N°39-FZ²⁷.

40. Dans le but d'assurer le recouvrement effectif des sommes dues par la Banque, le DPF a également mis en œuvre des mesures d'exécution forcée à l'encontre d'Oschadbank²⁸ et a en outre agi contre l'un de ses principaux débiteurs, Solar Group.

41. Enfin, le DPF a intenté contre Oschadbank, au nom de ses anciens clients, des actions en justice afin que la Banque les indemnise au titre des pertes subies au-delà du plafond d'indemnisation couvert par le DPF.

²³ Réquisitions du Procureur adjoint de Crimée en date du 29 mai 2014 (Pièce CE-203 dans l'arbitrage) (pièce FR-2).

²⁴ Décision de la Cour de Simferopol, Affaire n°2-931/14, en date du 29 mai 2014 (Pièce CE-171 dans l'arbitrage) (pièce FR-2).

²⁵ Décision de la Cour de Simferopol, Affaire n°2-931/14, en date du 17 septembre 2014 (Pièce CE-222 dans l'arbitrage) (pièce FR-2).

²⁶ Rapport annuel du DPF pour l'année 2014, p. 34 (Pièce CE-40 dans l'arbitrage) (pièce FR-2).

²⁷ Statement of claim, § 228 (pièce FR-2).

²⁸ Statement of claim, §§ 234-236 (pièce FR-2).



§4 L'arbitrage initié par Oschadbank contre la Fédération de Russie

42. C'est dans ce contexte qu'au mois de janvier 2016, Oschadbank a cru pouvoir initier contre la Fédération de Russie un arbitrage sur le fondement du TBI.

43. En synthèse, au titre des mesures évoquées plus haut, qui visaient pourtant à garantir l'indemnisation des anciens clients d'Oschadbank après qu'elle a brutalement cessé d'opérer en Crimée en violation de ses obligations contractuelles à l'égard de ses déposants, la Banque a prétendu avoir fait l'objet d'une expropriation illégale de sa Succursale en Crimée (« *Crimean Branch* ») par la Fédération de Russie.

44. Oschadbank soutenait qu'elle pouvait, de ce fait, saisir un tribunal arbitral afin d'obtenir la condamnation de la Fédération de Russie sur le fondement du TBI précité.

45. La procédure arbitrale a été initiée par notification le 20 janvier 2016 à la CPA d'une requête datée du 18 janvier 2016 sur le fondement du TBI²⁹.

46. Avant cette date, dès le 24 décembre 2015 et en réaction à la notification des griefs précédemment adressée par Oschadbank au mois de juillet 2015³⁰, le Ministère de la Justice de la Fédération de Russie avait écrit à celle-ci en indiquant que le TBI ne trouvait pas à s'appliquer aux réclamations³¹. Par cette même lettre, la Fédération de Russie, tout en remarquant la défaillance de la Banque dans ses obligations, avait néanmoins indiqué que la Banque pourrait reprendre ses activités bancaires en Crimée en se conformant à la réglementation applicable. Cette lettre n'a donné lieu à aucune réponse de la part d'Oschadbank, laquelle avait visiblement décidé d'engager la procédure arbitrale même si la Fédération de Russie l'invitait à reprendre ses activités bancaires en Crimée, qu'elle avait unilatéralement cessées.

47. Par la suite, le 23 juin 2016, la Fédération de Russie par l'intermédiaire de son Ambassadeur à La Haye a adressé une autre lettre à la CPA le 21 juin 2016, transmettant une lettre du Ministère de la Justice de la Fédération de Russie du 13 mai 2016³², par laquelle était retournée la notification de la requête d'arbitrage d'Oschadbank que la CPA lui avait adressée. Cette lettre avait pour objet principal de rejeter la signification de la CPA. Ses termes sont particulièrement clairs :

« We return you herewith the Notice of Arbitration on the arbitration proceedings initiated under Article 9 of the Agreement between the Government of the Russian Federation and the Cabinet of Ministers of Ukraine on the Encouragement and Mutual Protection of Investments before the Permanent



²⁹ Notice of Arbitration of Oschadbank en date du 18 janvier 2016 (pièce FR-2).

³⁰ Notification de différend par Oschadbank en date du 8 juillet 2015 (pièce FR-2).

³¹ Lettre du Ministère de la Justice de la Fédération de Russie à Oschadbank en date du 24 décembre 2015 (pièce FR-2).

³² Lettre du Ministère de la Justice de la Fédération de Russie du 13 mai 2016 (pièce FR-2).

Court of Arbitration by the Public Joint Stock Company "State Savings Bank of Ukraine" vs. the Russian Federation (notice dated 22 February 2015) ».

48. Dans la même lettre, la Fédération de Russie explique le rejet de la signification de la notification de l'arbitrage par l'incompétence arbitrale et le fait que les conditions d'application du TBI ne sont pas réunies dans des termes, encore une fois, d'une parfaite clarté :

« It is manifest that such claims cannot be considered under the Agreement mentioned above and, therefore, the Agreement cannot serve as a basis for composing an arbitral tribunal to settle this claim.

According to Clause 1 of Article 1 of the Agreement, the term "investments" means all kinds of assets and intellectual values, which are invested by an investor of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party in conformity with its laws. The assets being the subject of dispute are located in the territory of the Republic of Crimea and the city of Sevastopol which were earlier part of Ukraine. The Bank's assets do not constitute investments, since they were not invested in the territory of the Russian Federation, and, even if they occurred, they were made before accession of the Republic of Crimea and the city of Sevastopol to the Russian Federation and not in conformity with the legislation of the Russian Federation. These assets have not been earlier subject to taxation under the legislation of the Russian Federation and have not contributed to the development of the economy of the Russian Federation.

On the basis of the abovementioned the Russian Federation does not recognize the jurisdiction of an international tribunal at the Permanent Court of Arbitration in settlement of the abovementioned claim ».

49. En dépit du rejet de la notification par la Fédération de Russie, la CPA et le tribunal arbitral ont estimé pouvoir poursuivre la procédure arbitrale sans la participation de la Fédération de Russie, ce qui a été souligné par le tribunal arbitral³³.

50. La Fédération de Russie, qui a toujours contesté que le différend entrainé dans le champ d'application du Traité et donc également contesté la compétence du

³³ Sentence, §§ 192 et s., le tribunal indiquant notamment qu'il procèdera à statuer en application de l'article 28 du Règlement d'arbitrage CNUDCI de 1976.



tribunal arbitral constitué sur son fondement, n'a pas participé à la procédure arbitrale qui s'est déroulée en son absence jusqu'à la reddition de la Sentence rendue le 26 novembre 2018, objet des présentes³⁴.

51. Aux termes de ladite Sentence, la Fédération de Russie a été condamnée au paiement d'une somme en principal de 1.111.300.729 de dollars US au profit de la société Oschadbank à laquelle s'ajoutent des intérêts qui courent depuis le 31 mars 2014 au taux LIBOR en dollars US à six mois, avec capitalisation annuelle. C'est la Sentence dont l'annulation est sollicitée de la Cour de céans.

§5 Le recours en annulation objet de la présente instance et l'incident aux fins d'arrêt de l'exécution

52. La Fédération de Russie a introduit le recours en annulation devant la Cour de céans le 19 février 2019. Le 25 mars 2019, elle a formé un incident auprès de Monsieur le Conseiller de la mise en état afin de solliciter l'arrêt de l'exécution de la Sentence sur le fondement de l'article 1526 alinéa 2 du Code de procédure civile (CPC).

53. Oschadbank, qui n'avait pas constitué avocat dans l'instance principale, a persisté dans cette posture, et ce nonobstant l'incident dont le Conseil de la Fédération de Russie l'avait pourtant informée par email le jour-même³⁵.

54. Dans l'attente d'une hypothétique constitution d'avocat par Oschadbank, l'audience de plaidoirie initialement prévue le 14 mai 2019 a été reportée au 2 juillet 2019, date à laquelle le Conseiller de la mise en état a finalement entendu la Fédération de Russie seule, hors la présence d'Oschadbank, qui n'avait toujours pas comparu. L'incident a été mis en délibéré au 13 août 2019.

55. Ce n'est que dans la soirée du 7 août 2019, soit moins d'une semaine avant le délibéré annoncé, qu'Oschadbank a enfin constitué avocat dans la présente procédure. Le lendemain, Oschadbank a adressé à Monsieur le Conseiller de la mise en état un courrier dans lequel elle indiquait s'opposer à la demande d'arrêt de l'exécution et au recours en annulation et a « *sollicité un délai raisonnable pour lui permettre d'obtenir la copie des écritures de la Fédération de Russie et préparer des conclusions en réponse avec ses conseils* »³⁶.



³⁴ La procédure suivie durant l'arbitrage est détaillée *infra*.

³⁵ Courriel adressé par les conseils de la Fédération de Russie aux conseils d'Oschadbank en date du 25 mars 2019 (pièce FR-17).

³⁶ Courrier adressé par Oschadbank à Monsieur le Conseiller de la mise en état en date du 8 août 2019 (pièce FR-18).

56. Pourtant, ainsi que la Fédération de Russie l'a rappelé plus haut et dans un courrier du 9 août 2019 adressé à Monsieur le Conseiller de la mise en état³⁷, elle avait informé les conseils d'Oschadbank dans l'arbitrage, aujourd'hui ses avocats plaidants dans la présente procédure à trois reprises – le 25 mars 2019, le 8 avril 2019 et le 30 avril 2019 – en communiquant l'ensemble de ses écritures et pièces³⁸. Il est en outre cocasse de relever que l'avocat qui s'est finalement constitué pour Oschadbank le 7 août 2019 avait assisté à l'audience sur incident tenue le 2 juillet 2019.

57. D'ailleurs, le 9 août 2019, dans un nouveau courrier adressé à Monsieur le Conseiller de la mise en état, Oschadbank a reconnu, après son courrier du 8 août, avoir été informée de la procédure pendante devant la Cour³⁹.

58. Il ne fait donc aucun doute qu'Oschadbank a été pleinement informée, dès le 25 mars 2019, tant du recours en annulation que de l'incident d'arrêt de l'exécution et des actes s'y rapportant.

59. Cependant, le 13 août 2019, abusé par les affirmations d'Oschadbank selon lesquelles celle-ci avait été tenue dans l'ignorance de l'incident, Monsieur le Conseiller de la mise en état a ordonné la réouverture des débats s'y rapportant et fixé une nouvelle audience de plaidoiries au 8 octobre 2019.

60. En n'apparaissant que tardivement dans la présente procédure, Oschadbank est ainsi parvenue à retarder l'instruction de l'incident sur l'arrêt de l'exécution, son objectif étant, en parallèle, de poursuivre l'exécution de la Sentence à l'insu de la Fédération de Russie.

61. Ainsi, c'est par l'intermédiaire de plusieurs articles de presse⁴⁰ que, le 23 juillet 2019, la Fédération de Russie a appris que la Cour d'appel de Kiev avait rendu une décision conférant l'exéquatur à la Sentence le 17 juillet 2019. Cette décision a été rendue sans que la Fédération de Russie n'ait eu la possibilité matérielle de se défendre puisqu'aucune des communications relatives à cette procédure n'a été régulièrement notifiée à la Fédération de Russie.

³⁷ Courriel adressé par la Fédération de Russie à Monsieur le Conseiller de la mise en état en date du 9 août 2019 (**pièce FR-19**).

³⁸ Courriel adressé par les conseils de la Fédération de Russie aux conseils d'Oschadbank en date du 25 mars 2019 et pièces jointes (**pièce FR-17**), Courriel adressé par les conseils de la Fédération de Russie aux conseils d'Oschadbank en date du 8 avril 2019 et pièces jointes (**pièce FR-20**), Courriel adressé par les conseils de la Fédération de Russie aux conseils d'Oschadbank en date du 30 avril 2019 et pièces jointes (**pièce FR-21**).

³⁹ Courriel adressé par Oschadbank à Monsieur le Conseiller de la mise en état en date du 9 août 2019 (**pièce FR-19**).

⁴⁰ Article du Global Arbitration Review en date du 23 juillet 2019 (**pièce FR-22**).



62. Le 18 septembre 2019, Oschadbank déclarait par voie de communiqué de presse qu'elle allait mettre en œuvre sans délai des mesures d'exécution sur la base de la décision d'exequatur ainsi obtenue⁴¹. Ces déclarations expliquaient *a posteriori* l'attitude d'Oschadbank : celle-ci n'avait jamais eu pour objectif que de retarder artificiellement l'incident sur l'arrêt de l'exécution, afin de garder occulte la procédure aux fins d'exequatur menée parallèlement en Ukraine.

63. Ces circonstances, notamment, matérialisaient le risque de lésion grave des droits de la Fédération de Russie et, tout particulièrement, le risque de voir des mesures d'exécution mises en œuvre à l'étranger en violation de son immunité d'exécution.

64. Pourtant, Monsieur le Conseiller de la mise en état a rejeté la demande d'arrêt de l'exécution de la Fédération de Russie aux termes d'une ordonnance rendue le 22 octobre 2019.

65. Cette décision, motivée de façon tout à fait étonnante eu égard aux dispositions de l'article 1526 alinéa 2 du CPC indique ainsi notamment que :

« 41. Cependant, d'une part, la seule circonstance que la société JSC Oschadbank puisse envisager d'engager des procédures d'exécution forcées dans divers pays en raison de l'étendue du patrimoine de Fédération de Russie, ne saurait être un motif pertinent pour prononcer l'arrêt de l'exécution d'une sentence alors que le principe de l'exécution a précisément pour objectif de permettre nonobstant un recours en annulation le paiement de la condamnation, étant observé qu'il n'est justifié en l'espèce d'aucune mesure d'exécution forcée qui aurait été engagée et aurait eu pour effet, en raison de la loi applicable dans cet Etat, de porter effectivement une atteinte à des biens protégés par son immunité d'exécution. »⁴². (surligné et souligné par nous)



66. Monsieur le Conseiller de la mise en état a donc rejeté la demande d'arrêt de l'exécution, introduite par la Fédération de Russie dans le but de prévenir un risque de lésion grave, au motif que le risque n'était pas encore réalisé, ce qui consiste à exiger la réalisation d'une condition supplémentaire non prévue par l'article 1526 alinéa 2 du CPC⁴³.

67. La solution rendue apparaît d'ailleurs contraire à l'interprétation de ce texte qu'une autre section de la Cour d'appel de Paris a pu donner. Le Conseiller de la mise en état du Pôle 1 Chambre 1 a en effet décidé, moins de deux ans plus tôt,

⁴¹ Communiqué de presse émis par Oschadbank le 18 septembre 2019, original en ukrainien et traduction libre en français (pièce FR-42).

⁴² Ordonnance sur incident en date du 22 octobre 2019 (pièce FR-23).

⁴³ Ce qui a été relevé par deux commentateurs de ladite Ordonnance, R. Dethomas, note Rev. arb. 2020, 477 ; Th. Clay, Recueil Dalloz 2020, p. 2499.

qu'une demande d'arrêt de l'exécution est tardive lorsque des mesures d'exécution ont déjà été pratiquées :

« Attendu qu'en l'espèce, il apparaît que la saisie-attribution précitée, pratiquée pour un montant de 2 542 136,24 euros le 2 juin 2017, a été déclarée opérante à hauteur de la somme de 2 124 236, 97 USD (pièce 12 de la demanderesse à l'incident) et que, dès lors, l'exécution provisoire de la sentence arbitrale a été consommée à concurrence de cette somme ;

Attendu que la demande de la société GEMS est donc sans objet à hauteur du montant saisi, et ce nonobstant l'action en cours, intentée par ses soins devant le juge de l'exécution, aux fins d'annulation de cette saisie, cette contestation n'ayant pas pour conséquence de remettre en cause l'effet attributif attaché à la signification de l'acte de saisie »⁴⁴.

68. C'était en raison de cette interprétation de l'article 1526 alinéa 2 CPC par la juridiction de céans qui a considéré sans objet une demande d'arrêt de l'exécution présentée après que des mesures d'exécution ont été pratiquées, qu'il était important que la Fédération de Russie présente rapidement une demande d'arrêt de l'exécution.

69. Monsieur le Conseiller de la mise en état a décidé dans son ordonnance du 22 octobre 2019 qu'une autre interprétation devait être retenue et que la demande de la Fédération de Russie était prématurée. Cette dernière, ne disposant d'aucune voie de recours efficace contre ladite ordonnance, ne pouvait qu'en prendre acte en se réservant le droit de formuler une nouvelle demande d'arrêt de l'exécution dans l'hypothèse où la condition nouvellement posée (la justification d'une « mesure d'exécution forcée qui aurait été engagée et aurait eu pour effet, de porter effectivement une atteinte à des biens protégés par son immunité d'exécution » de la Fédération de Russie) se trouverait caractérisée.

70. La procédure de recours en annulation s'est poursuivie et après des conclusions d'Oschadbank et de la Fédération de Russie, notifiées respectivement le 16 janvier 2020 et le 30 juin 2020, la Cour de céans a entendu le 19 novembre 2020 deux experts présentés par la Fédération de Russie, à savoir le Professeur Xavier Boucobza qui a signé une consultation sur l'applicabilité *ratione temporis* du TBI⁴⁵ et le Professeur Yves Nouvel qui a préparé une consultation sur l'applicabilité territoriale du même TBI⁴⁶. Cette audition d'experts a fait l'objet à la

⁴⁴ CA Paris (Ord. CME), 21 décembre 2017, *SCS GE Medical Systems c/ Mohamed Saleh Mansouri El Gmati et Société Tasharukiati Alsaqr Alakhdar*, RG n° 16/21530 (pièce FRJ-2).

⁴⁵ Consultation du Professeur Xavier Boucobza en date du 25 juin 2020 (pièce FR-36).

⁴⁶ Consultation du Professeur Yves Nouvel en date du 29 juin 2020 (pièce FR-33).



demande de la Cour d'une sténotypie verbatim⁴⁷ afin d'être annexée aux procès-verbaux d'audition.

71. Par la suite Oschadbank a, le 15 décembre 2020, notifié des conclusions dont l'objet était de répondre à celles de la Fédération de Russie et de prendre en compte les auditions des experts précités. Le fait qu'Oschadbank n'ait pas cité une seule fois ni la consultation, ni l'audition du Professeur Boucobza montre à quel point elle est embarrassée par la question de l'inapplicabilité du TBI en raison de la réalisation du prétendu investissement avant le 1^{er} janvier 1992. La Fédération de Russie s'emploiera en revanche à intégrer aux présentes conclusions les explications déterminantes du Professeur Boucobza qui confirment l'incompétence du tribunal arbitral et l'annulation de la Sentence qui en résulte.

72. Oschadbank est dans une situation à ce point inconfortable s'agissant de la date de son investissement, qui rend le TBI inapplicable, qu'elle a caché ce fait au tribunal arbitral. C'est d'ailleurs en raison de cette dissimulation que la Fédération de Russie a, parallèlement à la procédure tendant à l'annulation de la Sentence devant la Cour de céans, demandé au tribunal arbitral la révision de la Sentence sur le fondement de l'article 1502 du CPC.

§6 Le recours en révision introduit au mois d'août 2019

73. A l'occasion des recherches effectuées en préparation de ses premières conclusions au fond régularisées le 18 juillet 2019 dans la présente instance, la Fédération de Russie a découvert dans les archives à Kiev des documents internes d'Oschadbank que cette dernière n'avait pas présentés aux arbitres.

74. Ces documents démontrent que le prétendu investissement dont Oschadbank allègue avoir été expropriée par la Fédération de Russie (la Succursale en Crimée) a été acquis et exploité par Oschadbank à une date à laquelle le TBI ne s'applique pas, celui-ci ne trouvant application que lorsque l'investissements a été réalisé à compter du 1^{er} janvier 1992⁴⁸.

75. En raison de la découverte de ce fait nouveau caché aux arbitres, la Fédération de Russie a introduit le 19 août 2019 un recours en révision de la Sentence arbitrale devant le tribunal arbitral qui l'a rendue, en application des dispositions de l'article 1502 du CPC⁴⁹.



⁴⁷ Sténotypie *verbatim* de l'audience du 19 novembre 2020 d'audition des Professeurs Yves Nouvel et Xavier Boucobza (**pièce FR-43**).

⁴⁸ Article 12 du TBI : « *This Agreement shall apply to all investments, made by the investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party as of 1 January 1992* ».

⁴⁹ Recours en révision de la Sentence formé par la Fédération de Russie le 19 août 2019 (**pièce FR-24**).

76. Les parties ont échangé leurs écritures respectives⁵⁰ et, à l'occasion de la transmission de son dernier mémoire au tribunal arbitral le 25 novembre 2019, Oschadbank a indiqué que l'organisation d'une audience notamment afin d'interroger les témoins et experts de la Fédération de Russie ne lui posait aucune difficulté si telle était la volonté du tribunal arbitral :

« [Oschadbank] is ready and willing to subject the Respondent's witnesses to cross-examination, if the Tribunal so directs »⁵¹.

77. Aux termes d'un courrier en date du 10 décembre 2019⁵², la Fédération de Russie a indiqué au tribunal arbitral que, conformément aux dispositions de l'article 15(2) du Règlement d'arbitrage CNUDCI dans sa version de 1976, elle souhaitait qu'une telle audience soit organisée non seulement pour permettre à ses témoins et experts d'être interrogés mais également pour répondre aux arguments nouveaux, notamment factuels, développés par Oschadbank dans son mémoire du 25 novembre 2019.

78. Contrairement à ce qu'indique erronément Oschadbank⁵³, la demande de la Fédération de Russie était donc parfaitement justifiée, que ce soit en droit au regard des dispositions du règlement d'arbitrage CNUDCI précité ou « au regard des circonstances », et il n'a jamais été question ici d'aucune « instrumentalisation dilatoire » quelle qu'elle soit. Oschadbank n'a d'ailleurs apporté aucune contradiction au courrier de la Fédération de Russie daté du 10 décembre 2019. Cela confirme que, contrairement à ce qu'Oschadbank insinue aujourd'hui, elle ne s'est jamais opposée à la tenue d'une audience.

79. Cependant, aux termes d'une décision rendue le 23 décembre 2019⁵⁴, le tribunal arbitral a, de façon tout à fait inattendue, décidé d'office de suspendre la procédure de recours en révision jusqu'à ce que la Cour d'appel de Paris se soit prononcée sur le recours en annulation.

80. Se fiant aux affirmations d'Oschadbank dans le recours en révision, selon lesquelles les mêmes questions seraient en suspens devant la Cour d'appel de Paris et devant le tribunal arbitral, ce dernier a cru pouvoir justifier sa décision par un prétendu risque de contrariété existant entre, d'une part, la sentence à rendre dans

⁵⁰ Réponse d'Oschadbank en date du 25 septembre 2019 dans le recours en révision de la Sentence (pièce FR-25) ; Réplique de la Fédération de Russie en date du 25 octobre 2019 dans le recours en révision de la Sentence (pièce FR-26) ; Duplique d'Oschadbank en date du 25 novembre 2019 dans le recours en révision de la Sentence (pièce FR-27).

⁵¹ Email adressé par les conseils d'Oschadbank au tribunal arbitral le 26 novembre 2019 (pièce FR-28).

⁵² Courrier adressé par les conseils de la Fédération de Russie au tribunal arbitral en date du 10 décembre 2019 (pièce FR-29).

⁵³ Conclusions d'Oschadbank du 15 décembre 2020, § 76.

⁵⁴ Décision de sursis à statuer désignée *Decision to stay consideration of respondent's application for revision and claimant's application for security for costs* en date du 23 décembre 2019 (pièce FR-30).



le recours en révision et, d'autre part, l'arrêt à intervenir dans le présent recours en annulation :

« The Tribunal accepts the Claimant's [Oschadbank] position that, notwithstanding the fact that the two proceedings are based on different Articles of the French Code of Civil Procedure, the Paris Court of Appeal is certain to address the same ultimate issue as has been presented to this Tribunal. The Parisian Court of Appeal will also likely conduct a full review of the jurisdiction issue.

In the Tribunal's view, it is undesirable that both this Tribunal and the Parisian Court will issue rulings on the same underlying point, based on the same evidence. Proceeding with both applications risks conflicting decisions, as well as wasted time and costs arguing the issue twice.

On this basis, and pursuant to the power under Article 15.1 of the UNCITRAL Rules to conduct proceedings in such manner as the Tribunal considers appropriate, the Tribunal has decided to stay the Revision Application until the Paris Court of Appeal has issued its decision on the Respondent's annulment application under Article 1520 of the French Code of Civil Procedure.

Once the Court has issued its decision, the Tribunal will consider whether or not to lift the stay and to proceed to decide the Revision Application »⁵⁵.

81. Ce faisant, le tribunal arbitral a, une fois encore, été abusé par les postures procédurales d'Oschadbank, laquelle n'hésite pas à soutenir tout et son contraire au gré de ses intérêts contentieux.

82. En effet, Oschadbank ne craint pas de se contredire puisque, après avoir soutenu devant les arbitres que la Cour d'appel de Paris sera amenée à se prononcer sur la question de l'application *ratione temporis* du TBI, elle soutient devant la Cour de céans que le grief de la Fédération de Russie serait irrecevable et échapperait à son examen dans la présente instance⁵⁶. Bien que la fin de non-recevoir désormais avancée par Oschadbank soit dépourvue de tout fondement ainsi que cela sera

⁵⁵ Décision de sursis à statuer désignée *Decision to stay consideration of respondent's application for revision and claimant's application for security for costs* en date du 23 décembre 2019, §§ 24-27 (pièce FR-30).

⁵⁶ Conclusions d'Oschadbank du 15 décembre 2020, §§ 139 et s.



démontré⁵⁷, celle-ci témoigne une fois de plus de la déloyauté procédurale d'Oschadbank.

83. La décision du tribunal arbitral de sursoir à statuer sur le recours en révision est également contestable à de multiples autres égards. Tout d'abord, il convient de remarquer qu'aucune des parties n'a jamais sollicité la suspension de la procédure de recours en révision, cette décision ayant au contraire été prise de façon purement unilatérale par le tribunal arbitral. Le sursis à statuer est de surcroît contraire à la demande formulée par la Fédération de Russie le 10 décembre 2019 pour la tenue d'une audience⁵⁸. Il sera rappelé que cette demande était fondée sur les termes clairs de l'article 15(2) du Règlement d'arbitrage CNUDCI de 1976, applicables en l'espèce, qui confèrent aux parties un véritable droit à une audience :

« A la demande de l'une ou l'autre partie et à tout stade de la procédure, le tribunal arbitral organise une procédure orale pour la production de preuves par témoins, y compris des experts, ou pour l'exposé oral des arguments. [...] ».

84. Ensuite, le tribunal arbitral a violé l'article 1510 du CPC qui prévoit que *« quelle que soit la procédure choisie, le tribunal arbitral garantit l'égalité des parties et respecte le principe de la contradiction »*. La Cour d'appel de céans a en effet déjà eu l'occasion de juger que la décision prise d'office par un tribunal arbitral concernant la gestion de la procédure caractérise la violation du principe de la contradiction dès lors que les parties n'ont pas préalablement été invitées à en débattre⁵⁹.

85. Enfin, au-delà des considérations procédurales, la décision du tribunal arbitral est encore contestable sur le fond. Il aurait en effet été non seulement en adéquation avec la conception française du principe *compétence-compétence*, mais encore logique, que le tribunal arbitral, saisi dans le cadre du recours en révision de questions ayant trait à sa compétence, se prononce au premier chef à ce sujet, avant que le bien-fondé de sa position ne soit ensuite, le cas échéant, soumis à l'examen de la Cour d'appel de céans. Le Professeur Xavier Boucobza l'explique ainsi :

« 57. Ainsi, il apparaît évidemment opportun que le tribunal arbitral puisse statuer pleinement en priorité sur la question de sa compétence, avant que les juridictions étatiques ne statuent quant à elles dans le cadre d'un recours annulation sur cette

⁵⁷ V. *infra*, §§ 318 et s. et aussi la consultation de Monsieur le Professeur Yves-Marie Serinet en date du 25 juin 2020 (pièce FR-31).

⁵⁸ Courrier adressé par les conseils de la Fédération de Russie au tribunal arbitral en date du 10 décembre 2019 (pièce FR-29).

⁵⁹ Voir par exemple CA Paris, 16 octobre 2008, *SA Prim'Nature*, RG n° 07/12356, Rev. arb. 2010, 110 : *« en déclarant irrecevable le mémoire en réplique de la société Prim'Nature alors qu'aucune demande en ce sens n'a été formée par la société Top Pommes de Terre sans inviter les parties à s'expliquer sur ce moyen de droit soulevé d'office, les arbitres ont violé le principe de la contradiction »* (pièce FRJ-3).



même question. Il y aurait sinon un risque que la sentence soit annulée en raison de l'inapplicabilité du TBI à l'investissement réalisé avant son entrée en vigueur alors même que le tribunal arbitral n'a pas été mis en mesure de statuer sur ce point. Il est évidemment préférable que le tribunal arbitral ait pu purger toutes les questions relatives à la compétence avant qu'elles ne soient soumises au juge de l'annulation. Outre que si la question a été traitée et a donné lieu à une motivation circonstanciée, quel qu'en soit le sens, cela aura une incidence sur le juge de l'annulation qui partira de la sentence, cela permet surtout de ne pas exposer les arbitres à une annulation de leur sentence, avec les conséquences qui en résultent, alors même qu'ils n'avaient pas été mis en mesure de statuer sur la question qui fait l'objet de l'annulation.

58. Cela doit le rendre d'autant plus attentif à un recours en révision qui apporterait des éléments nouveaux susceptibles de modifier son appréciation de la compétence par rapport aux dispositions du TBI, spécialement celle de l'article 12. Rouvrir le débat sur ce point au vu des éléments découverts par la FEDERATION DE RUSSIE lui permettra d'infirmar ou de confirmer la déclaration de compétence effectuée dans sa sentence du 26 novembre 2018. Il s'agit de purger la discussion avant que la Cour d'appel n'ait à statuer sur les griefs d'annulation »⁶⁰.

86. En raison de la décision de sursis à statuer sur le recours en révision de la Fédération de Russie, c'est donc à la Cour d'appel de Paris qu'il incombe de statuer par priorité au tribunal arbitral sur la question de la date de la réalisation de l'investissement et de la compétence arbitrale au regard de l'article 12 du TBI. Cette question n'a pas été tranchée par le tribunal arbitral⁶¹, ce dernier s'étant d'ailleurs, en violation du principe *compétence-compétence*, réservé la possibilité de statuer sur la question après la Cour d'appel⁶². Or, en vertu de la conception française dudit principe *compétence-compétence*, c'est le tribunal arbitral qui doit statuer chronologiquement le premier sur sa propre compétence et non pas la juridiction étatique du siège de l'arbitrage.

⁶⁰ Consultation du Professeur Boucobza en date du 24 octobre 2019, §§ 57 et 58 (pièce FR-32).

⁶¹ Sur le grief d'incompétence tiré de la réalisation du prétendu investissement avant le 1^{er} janvier 1992, v. *infra* §§ 119 et s.

⁶² *Decision to stay consideration of respondent's application for revision and claimant's application for security for costs* en date du 23 décembre 2019, § 27: "Once the Court (of appeal of Paris) has issued its decision, the Tribunal will consider whether or not to lift the stay and to proceed to decide the Revision Application" (pièce FR-30).



87. C'est donc la Cour de céans qui est désormais appelée à statuer seule sur tous les griefs d'annulation et, au fil des développements qui suivent, il sera démontré que l'annulation de ladite Sentence s'impose à plus d'un titre⁶³.



⁶³ Les développements qui suivent sont formulés sous réserve des immunités (notamment de juridiction et d'exécution) dont bénéficie la Fédération de Russie, laquelle entend se prévaloir desdites immunités devant les juridictions françaises et étrangères.

PARTIE II – LE DROIT

88. La Sentence est affectée de plusieurs des vices mentionnés à l'article 1520 du CPC susceptibles d'entraîner son annulation. En particulier, l'annulation sera prononcée parce que le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent (**Chapitre 1**).

89. La Sentence encourt également la nullité au titre de l'ordre public international de procédure en raison de la dissimulation frauduleuse par Oschadbank du fait que son prétendu investissement a été réalisé avant le 1^{er} janvier 1992, ce dont il résulte l'inapplicabilité du TBI (**Chapitre 2**).

90. En admettant pour les seuls besoins du raisonnement que, par impossible, le tribunal arbitral ait été compétent, il a, en tout état de cause, statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée (**Chapitre 3**).

CHAPITRE 1 – LE TRIBUNAL ARBITRAL S'EST DECLARE A TORT COMPETENT

91. L'appréciation par les arbitres de leur propre compétence donne prise à un contrôle approfondi en réexaminant, tant en fait qu'en droit, l'existence ou l'absence de la compétence arbitrale⁶⁴.

92. Dans l'affaire du *Plateau des Pyramides*, la Cour de cassation a énoncé que :

« si la mission de la cour d'appel saisie en vertu des articles 1502 et 1504⁶⁵ du Nouveau Code de procédure civile est limitée à l'examen des vices énumérés par ces textes, aucune limitation n'est apportée aux pouvoirs de cette juridiction de rechercher en droit et en fait tous les éléments constituant les vices en cause, et notamment pour apprécier lui-même si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage »⁶⁶. (souligné par nous)



⁶⁴ Cf. Consultation du Professeur Xavier Boucobza en date du 24 octobre 2019, §§ 54-55 (**pièce FR-32**), Consultation du Professeur Xavier Boucobza en date du 25 juin 2020 §§ 100-104 (**pièce FR-36**).

⁶⁵ Correspondant aux dispositions des articles 1520 et 1518 du CPC, depuis la réforme opérée par le décret du 13 janvier 2011.

⁶⁶ Cass. civ. 1^e, 6 janvier 1987, *Plateau des Pyramides*, *Rev. arb.* 1987, p. 469, note Ph. Leboulanger (**Pièce FRJ-4**).

93. Plus récemment, dans l'affaire *Abela*, la Cour de cassation a confirmé que le contrôle plein du juge français s'applique :

*« que l'arbitre se soit déclaré compétent ou incompétent, en recherchant tous les éléments de droit ou de fait permettant d'apprécier la portée de la convention d'arbitrage et d'en déduire les conséquences sur le respect de la mission confiée aux arbitres »*⁶⁷. (souligné par nous)

94. Cette solution a enfin été confirmée par la Cour de céans lorsqu'est en jeu l'appréciation de la compétence d'un tribunal qui s'est déclaré (à tort) compétent sur le fondement d'un traité bilatéral de protection des investissements :

*« le juge de l'annulation contrôle la décision du tribunal arbitral sur sa compétence, qu'il se soit déclaré compétent ou incompétent, en recherchant tous les éléments de droit ou de fait permettant d'apprécier la portée de la convention d'arbitrage. Il n'en va pas différemment lorsque, comme en l'espèce, les arbitres sont saisis sur le fondement des stipulations d'un Traité bilatéral d'investissement »*⁶⁸. (souligné par nous)



95. C'est dans l'exercice de ce contrôle qu'il appartient à la Cour de céans de vérifier que toutes les conditions du TBI étaient réunies pour ouvrir droit à la compétence arbitrale⁶⁹. S'agissant de la vérification de compétence du tribunal arbitral, la Cour de cassation a récemment précisé que « l'applicabilité de la clause d'arbitrage déduite du traité bilatéral dépend de la réalisation de l'ensemble des conditions requises par ce texte sur la nationalité de l'investisseur et l'existence d'un investissement »⁷⁰.

96. C'est en recherchant le **consentement à l'arbitrage** que l'on détermine la compétence du tribunal arbitral pour trancher le différend, en vérifiant que les conditions requises par le TBI (notamment *ratione loci, materiae, personae et temporis*) sont réalisées. Ce consentement ne saurait être présumé, mais **doit être exprimé de façon claire et sans ambiguïté**.

97. Il sera relevé à ce titre que lorsqu'il est prétendu que le consentement d'un État à l'arbitrage résulte d'un traité international, l'existence de ce consentement à

⁶⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 6 octobre 2010, *Abela Foundation*, *Rev. arb.* 2010, p. 813, note F.-X. Train, (Pièce FRJ-5).

⁶⁸ Jurisprudence constante, v. récemment. CA Paris, Pôle 5, Ch. 16, 3 juin 2020, *République Bolivarienne du Venezuela c/ Monsieur Serafin Garcia Armas, Madame Karina Garcia Gruber*, RG n° 19/03588 (Pièce FRJ-6).

⁶⁹ Consultation du Professeur Xavier Boucobza en date du 24 octobre 2019, § 56 (pièce FR-32).

⁷⁰ Cass. civ 1^{ère}. 13 février 2019, *Transporte Dole et Alimentos Frisa c/ République bolivarienne du Venezuela*, n° 17-25851 (Pièce FRJ-7).

l'arbitrage ne saurait s'apprécier en appliquant les règles matérielles de l'arbitrage international dégagées par la jurisprudence en matière de commerce international⁷¹. En effet, en la matière il est question de déterminer l'existence d'une dérogation par un État à son immunité de juridiction. Cela a, par exemple, été expressément retenu dans la sentence arbitrale partielle sur la compétence rendue dans l'affaire *Plama c/ Bulgarie*⁷² :

« De nos jours, l'arbitrage est le mode généralement accepté pour résoudre les différends entre investisseurs et États. Pourtant, ce phénomène ne supprime pas la condition préalable fondamentale à l'arbitrage : un accord des parties à l'arbitrage. C'est un principe bien établi, tant en droit interne qu'en droit international, qu'un tel accord devrait être clair et sans ambiguïté. Dans le cadre d'un TBI, la convention d'arbitrage est obtenue par le consentement à l'arbitrage qu'un État donne à l'avance en ce qui concerne les conflits d'investissement relevant du TBI et l'acceptation par un investisseur si ce dernier le désire »⁷³.

98. Une telle solution n'est pas propre au consentement à l'arbitrage, la manifestation d'une volonté claire et sans équivoque de l'État est exigée pour tout type de renonciation à l'immunité de juridiction. La Convention des Nations Unies conclue à New York le 2 décembre 2004 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (« CNUJIE ») pose le principe général selon lequel le consentement de l'État à l'exercice de la juridiction doit être « *exprès* »⁷⁴. La CNUJIE retient une véritable présomption d'existence de l'immunité de juridiction au bénéfice d'un État défendeur à une procédure juridictionnelle, ce dont il résulte que la charge de la preuve de son défaut d'application (notamment par accord de

⁷¹ V. par ex. Cass. civ. 1^{re}, 8 juillet 2009, *Soerni*, pourvoi n° 08-16025 (Pièce FRJ-8) : « l'engagement d'une société à l'arbitrage ne s'apprécie pas par référence à une quelconque loi nationale mais par la mise en œuvre d'une règle matérielle déduite du principe de validité de la convention d'arbitrage fondée sur la volonté commune des parties, de l'exigence de bonne foi et de la croyance légitime dans les pouvoirs du signataire de la clause pour conclure un acte de gestion courante qui lie la société ».

⁷² *Plama Consortium Limited c/ République de Bulgarie*, arbitrage CIRDI No. ARB/03/24 Sentence partielle sur la compétence du 8 février 2005 (pièce FRJ-9).

⁷³ *Ibid.* n° 198 : « *Nowadays, arbitration is the generally accepted avenue for resolving disputes between investors and states. Yet, that phenomenon does not take away the basic prerequisite for arbitration: an agreement of the parties to arbitrate. It is a well-established principle, both in domestic and international law, that such an agreement should be clear and unambiguous. In the framework of a BIT, the agreement to arbitrate is arrived at by the consent to arbitration that a state gives in advance in respect of investment disputes falling under the BIT, and the acceptance thereof by an investor if the latter so desires* ».

⁷⁴ Cf. article 7 de la CNUJIE.



l'État de comparaître devant des tribunaux autre que les siens) pèse sur le demandeur à l'instance⁷⁵.

99. La Cour européenne des droits de l'Homme (« CEDH ») l'a récemment confirmé, en décidant que :

« En ce qui concerne les exigences d'un tel consentement exprès, l'article 7 § 1 b) de la CNUJJE mentionne les dispositions contractuelles expresses par lesquelles un État exprime sa renonciation clairement et sans équivoque ».

Et que dans l'affaire qui lui était soumise :

« [la CEDH] note que trois instances nationales ont interprété la clause contenue dans l'article 8 du contrat de travail de manière très différente. Par conséquent, la Cour considère qu'il ne s'agit pas d'une clause contractuelle exprimant de manière expresse, claire et non équivoque l'intention de la République du Burundi de renoncer à son immunité de juridiction »⁷⁶.

100. En l'occurrence, Oschadbank était le demandeur à l'instance arbitrale et il lui incombait de prouver que la Fédération de Russie avait consenti à l'arbitrage et renoncé à son immunité de juridiction, ce qu'elle n'a nullement fait.

101. De surcroît, lorsque la compétence des arbitres est alléguée par une partie sur la base d'un traité international de promotion des investissements, c'est par interprétation des termes du traité en question que le consentement de l'État doit être recherché. Ainsi que la jurisprudence a eu l'occasion de le décider, l'interprétation est faite en application de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 (ci-après la « CVDT »), d'après le sens ordinaire des termes et d'après l'objet et le but d'un traité⁷⁷.

102. En l'espèce, pour se déclarer compétent, le tribunal a considéré qu'étaient réunies trois conditions d'applicabilité du TBI : le territoire⁷⁸, l'investissement⁷⁹ et l'investisseur⁸⁰.



⁷⁵ V. par ex. R. O'Keefe, Ch. Tams (dir.), *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, OUP 2013, p. 103 et 160 (pièce FRJ-10).

⁷⁶ CEDH, 5 février 2019, *Ndayegamiye-Mporamazina c. Confédération Helvétique*, affaire n° 16874/12, spéc. §§ 57 et 59 (pièce FRJ-11).

⁷⁷ « Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but » Article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des Traités du 23 mai 1969, (pièce FRJ-12).

⁷⁸ Sentence §§ 196 et s.

⁷⁹ Sentence §§ 220 et s.

⁸⁰ Sentence §§ 236 et s.

103. C'est erronément que le tribunal s'est déclaré compétent car la Fédération de Russie n'a pas donné son consentement à l'arbitrage, les conditions du TBI n'étant pas réunies. Il sera d'abord question des différentes conditions d'application du TBI (**Section 1**), et seront ensuite exposées les raisons pour lesquelles elles n'étaient pas remplies en l'espèce (**Section 2**).

104. Enfin, dans ses conclusions en date du 15 décembre 2020, Oschadbank prétend que la Fédération de Russie, qui pourtant a inlassablement contesté la compétence du tribunal arbitral dans cette procédure, aurait renoncé à se prévaloir de l'irrégularité tirée de l'incompétence du tribunal arbitral sur le fondement de l'article 1466 du CPC⁸¹. Une telle prétention ne saurait être retenue (**Section 3**).

Section 1 - Les conditions d'application du TBI

105. L'article 9 du TBI prévoit le recours à l'arbitrage pour trancher certains différends qui opposent un État contractant et un investisseur de l'autre État contractant :

« ARTICLE 9 SETTLEMENT OF DISPUTES BETWEEN A CONTRACTING PARTY AND AN INVESTOR OF THE OTHER CONTRACTING PARTY

1. Any dispute between either Contracting Party and an investor of the other Contracting Party that arises in connection with the investments, including disputes, which concern the amount, terms of or procedure for payment of compensation, provided for in Article 5 hereof, or the procedure for effecting a transfer of payments, provided for in Article 7 hereof, shall be subject to a written notification, accompanied by detailed comments, which the investor shall forward to the Contracting Party involved in the dispute. The parties to the dispute shall strive to settle such a dispute to the extent possible by way of negotiations.

2. If the dispute is not resolved in that way within six months as of the date of the written notification, as mentioned in para 1 of this Article, it shall be referred for consideration to:

- a) a competent court or an arbitration court of the Contracting Party, in whose territory the investments were made;*
- b) the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce;*



⁸¹ Conclusions d'Oschadbank en date du 15 décembre 2020, §§ 139-151.

c) an ad hoc arbitral tribunal in conformity with the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL).

3. The arbitral award shall be final and binding upon both parties to the dispute. Each Contracting Party shall undertake to enforce such an award in conformity with its laws »⁸².

106. Cet article semble contenir une clause habituelle de règlement des litiges dans un traité de protection des investissements. Toutefois, ce qui en fait la particularité sont les définitions posées par le TBI qui en déterminent le champ d'application ; son article 1^{er} définit les termes clés « d'investissement », « d'investisseur » et de « territoire », dont il découle que le différend qui oppose Oschadbank à la Fédération de Russie ne rentre pas dans le domaine d'application du TBI.

107. Tout d'abord, un investissement est défini de la façon suivante :

1(1) « The term "investments" means all kinds of assets and intellectual values, which are invested by an investor of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party in conformity with its laws, and in particular: [...]

Alteration of the type of investments, in which the funds will be invested, shall not affect their nature as investments, unless such alteration is contrary to the laws of a Contracting Party, in whose territory the investments were made ».

108. L'investisseur est défini comme suit :

1(2) « The term "investor of a Contracting Party" means: [...] b) any legal entity, constituted under the law in force in the territory of that Contracting Party, provided, that the legal entity is competent under the laws of its Contracting Party to make investments in the territory of the other Contracting Party ».

109. Enfin, le territoire est défini de la façon suivante :

1(4) « The term "territory" means the territory of Ukraine or the territory of the Russian Federation, as well as their respective exclusive economic zone and continental shelf, as determined in conformity with international law ».



⁸² Les traductions en langue anglaise des articles du TBI reproduites ci-dessous sont les traductions adoptées par le tribunal arbitral dans sa Sentence. Cela ne signifie toutefois pas nécessairement que la traduction est acceptée par la Fédération de Russie comme exacte.

110. A cela il convient d'ajouter une disposition essentielle pour l'application et l'interprétation du Traité, à savoir celle qui détermine le champ d'application dans le temps du TBI, qui est limitée aux investissements effectués à compter du 1^{er} janvier 1992 :

12 « This Agreement shall apply to all investments, made by the investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party as of 1 January 1992 ».

111. Des termes du Traité, il résulte que ses conditions d'application ne sont pas réunies en l'espèce, de sorte que la Fédération de Russie n'a pas donné son consentement à l'arbitrage.

Section 2 – Les conditions d'application du TBI ne sont pas réunies

112. Une distinction préalable entre applicabilité du TBI et conditions de la protection offerte par le TBI est nécessaire dès lors qu'en l'espèce certaines raisons de l'incompétence arbitrale résultent de la première, d'autres de la seconde. Cette distinction présente des conséquences pratiques car, si on se trouve en présence d'une cause d'inapplicabilité du TBI, il ne sera même pas nécessaire d'examiner le régime de protection offert par le TBI pour constater l'incompétence arbitrale.

113. Certaines des causes d'incompétence arbitrale au centre de la présente instance résultent ainsi de l'inapplicabilité pure et simple du TBI. Telle est le cas de l'inapplication *ratione temporis*. Comme la lettre de l'article 12 du TBI l'indique sans aucun doute possible avec les termes « *This Agreement shall apply* », la condition imposant que l'investissement soit réalisé à compter du 1^{er} janvier 1992 est une condition d'applicabilité du traité international dans son ensemble et non pas une condition de la seule protection offerte par le TBI, qui serait au préalable considéré comme applicable.

114. Cette disposition montre donc que deux types de conditions doivent être vérifiées au stade de la détermination de la compétence arbitrale. Il convient, d'une part, de vérifier que le traité est bien applicable : dans le cas contraire la clause d'arbitrage est inapplicable en raison de l'inapplicabilité du traité dans toutes ses dispositions. Une fois que le traité est considéré comme applicable, il convient, d'autre part, de vérifier que sont remplies les conditions d'application du régime de protection, tant matérielles que juridictionnelles, que le traité introduit.

115. Cette différence a été mise en évidence par le Professeur Boucobza à la fois dans sa consultation versée aux débats⁸³ et lors de son audition du 19 novembre 2020 au cours de laquelle, il a expliqué :

« M. le Pr X. Boucobza.- [...] [L']investisseur, lorsqu'il va solliciter, demander l'application du Traité, il doit évidemment démontrer, il doit montrer que le Traité est applicable. La



⁸³ Consultation du Professeur Xavier Boucobza en date du 25 juin 2020 (pièce FR-36).

première des questions est : est-ce que [le] Traité s'applique bien à la situation qui nous est soumise ?

Soit la situation entre dans le champ du Traité, et je vais alors regarder le Traité, étudier ses dispositions, ses stipulations pour voir si, oui ou non, il y a lieu de faire jouer la protection.

Soit le Traité n'est pas applicable et, auquel cas, je n'ai même pas à aller examiner les différentes stipulations du Traité, je dois simplement me déclarer, en tant que Tribunal arbitral, incompétent. »⁸⁴

116. Il sera démontré qu'en l'espèce, le TBI n'est pas applicable au différend qui oppose la Fédération de Russie à Oschadbank (**Sous-section 1**) et que, même en admettant celui-ci applicable, les conditions de la protection juridictionnelle prévues par le TBI ne sont pas réunies (**Sous-section 2**).

Sous-section 1 – Le TBI n'est pas applicable au différend qui oppose Oschadbank à la Fédération de Russie

117. Le TBI est inapplicable en l'espèce à deux niveaux. D'une part, celui-ci est inapplicable parce que le prétendu investissement d'Oschadbank (la Succursale en Crimée) a été réalisé avant le 1^{er} janvier 1992, ce qui suffit à exclure l'applicabilité du TBI puisqu'en vertu de son Article 12 celui-ci ne s'applique qu'à des investissements réalisés à compter de cette date (§1).

118. D'autre part, le TBI s'applique aux territoires respectifs de l'Ukraine et de la Fédération de Russie et ne peut s'appliquer à des espaces territoriaux non mutuellement reconnus par les États parties au TBI, ce qui est le cas pour la Crimée depuis 2014. En conséquence, le tribunal arbitral, en constatant que la Crimée n'est pas un territoire mutuellement reconnu par les États parties au TBI, aurait dû se déclarer incompétent (§2).

§1 – Le TBI est inapplicable dès lors que le prétendu investissement d'Oschadbank a été réalisé avant le 1^{er} janvier 1992 (compétence *ratione temporis*)

119. Dans l'arbitrage, Oschadbank a réclamé réparation pour l'expropriation de ce qu'elle a appelé sa Succursale en Crimée (« *Crimean Branch* ») et qu'elle disait exploiter depuis des décennies, sans plus de précisions :

« By the time of Russia's purported formal annexation of Crimea, Oschadbank had operated for decades as Crimea's largest

⁸⁴ Sténotypie *verbatim* de l'audience du 19 novembre 2020 d'audition des Professeurs Yves Nouvel et Xavier Boucobza, page 27, lignes 9 à 18 (pièce FR-43).



banking operation through its local branch with the headquarters located at 55a Kyivska St. in Simferopol and its local subordinated outlets in Crimea (hereinafter the Crimean Branch or Oschadbank Crimea) »⁸⁵. (surligné par nous)

120. L'indemnité réclamée par Oschadbank correspondait à l'expropriation alléguée du fonds de commerce de la banque en Crimée. C'est ainsi qu'était réclamée par Oschadbank⁸⁶, et a été allouée par le tribunal⁸⁷, une indemnité incluant également la perte de profits futurs que la Succursale en Crimée aurait prétendument dû générer.

121. Les exemples montrant qu'Oschadbank a considéré que son investissement en Crimée était le fonds de commerce se retrouvent de façon constante dans les écritures et les arguments présentés au cours de la procédure arbitrale. Entre autres, au cours de l'audience, il a été indiqué que :

*« The Claimant's covered investments under Article 1(1) of the Treaty included its extensive and profitable **business operation in Crimea, taken as a whole, including more specifically its: [...]** »⁸⁸. (surligné par nous)*

122. C'est ainsi que le tribunal arbitral a identifié le prétendu investissement d'Oschadbank comme étant la Succursale en Crimée⁸⁹ et a indemnisé sa prétendue expropriation.

123. Pourtant le tribunal, qui avait la tâche de vérifier si les conditions d'application du TBI étaient réunies, n'a pas recherché la date à laquelle le prétendu investissement avait été réalisé. S'il avait procédé à cette recherche, il se serait aperçu que la Succursale en Crimée a été établie avant le 1^{er} janvier 1992, à une date à laquelle le TBI ne trouvait donc pas application, ce qui a été découvert récemment par la Fédération de Russie (A). Au cours de la procédure arbitrale, Oschadbank a soigneusement évité d'aborder le sujet de la date de l'investissement, alors que le TBI ne saurait protéger que les investissements réalisés à compter du 1^{er} janvier 1992 (B).

⁸⁵ Oschadbank Statement of Claim, § 91.

⁸⁶ Oschadbank Statement of Claim, § 560. V. aussi rapport d'expert de Monsieur Davidson, en date du 26 août 2016 (pièce FR-2).

⁸⁷ V. par ex. Sentence § 374 évaluant l'indemnité pour perte de profits futurs de la Succursale en Crimée à hauteur de 484.616.757 dollars, c'est-à-dire presque la moitié de l'indemnité totale allouée par le tribunal.

⁸⁸ Claimant's opening PowerPoint presentation, page 39 (page 99 du PDF) (pièce FR-2).

⁸⁹ V. par ex. Sentence § 223 (« *the establishment of a branch of an Ukrainian Branch* »), § 346, § 366. Le terme « *Crimean Branch* » est d'ailleurs un terme défini par la sentence arbitrale comme « *The branch of Oschadbank with headquarters in Simferopol (Crimea) and local outlets throughout the Crimean Peninsula* »



A. – Le prétendu investissement a été réalisé avant le 1^{er} janvier 1992

124. Il ressort des documents récemment découverts par la Fédération de Russie et non communiqués aux arbitres par Oschadbank, que cette dernière et ses prédécesseurs avaient fondé et ont exploité la Succursale en Crimée avant le 1^{er} janvier 1992, fait qui, à lui seul, suffit à exclure la compétence du tribunal arbitral (2). De surcroît, il ressort de ces mêmes documents qu'Oschadbank elle-même a été constituée comme personne morale indépendante avant ce même 1^{er} janvier 1992, ce qui confirme que la Succursale en Crimée ne saurait constituer un investissement entrant dans le champ d'application du TBI (1).

1. – Oschadbank a été créée avant le 1^{er} janvier 1992

125. L'histoire de la Banque remonte à la période soviétique et, en particulier, au 27 novembre 1925 avec la fondation des Caisses d'épargne de travail de l'État (« государственные трудовые сберегательные кассы »)⁹⁰. Le 17 juillet 1987 un nouveau système bancaire a été mis en place en Union soviétique avec la création de plusieurs banques, et les fonctions des Caisses d'épargne de travail de l'État ont été attribuées à la Banque d'Épargne de l'Union soviétique (ci-après « Sberbank de l'Union soviétique »)⁹¹.

126. En application de la réforme bancaire du 17 juillet 1987 et d'après les documents retrouvés dans les Archives ukrainiennes, notamment un document interne de la Banque de 2013 retraçant l'historique de celle-ci depuis 1977⁹², la branche en Ukraine, appelée « Administration générale républicaine d'Ukraine des Caisses d'épargne de travail de l'URSS », a également été réorganisée⁹³. A compter du 17 juillet 1987 et jusqu'au 19 mars 1991, la structure a existé sous le nom de *Banque Républicaine Ukrainienne de Sberbank de l'Union soviétique*.

127. Sberbank de l'Union soviétique a été liquidée en 1991. La branche régionale de celle-ci établie en Fédération de Russie (la Banque Républicaine Russe de

⁹⁰ Règlement du Comité Central Exécutif de l'URSS et du Conseil des Commissaires des Peuples de l'URSS sur les Caisses d'épargne de travail de l'État en date du 27 novembre 1925 (pièce FR-3).

⁹¹ Règlement du Comité Central Exécutif de l'URSS et du Conseil des Ministres de l'URSS sur le perfectionnement du système bancaire dans l'État et l'amplification de leur influence sur l'efficacité économique n° 812 en date du 17 juillet 1987, Sections no. 3, 8 (pièce FR-4).

⁹² Archive Publique Centrale des Autorités Suprêmes d'Ukraine, le Fonds No. 4753, l'Inventaire des dossiers du stockage permanent No. 1 pour la période 1981-1999, pp. 1-9, fait à Kiev le 20 septembre 2013 (pièce FR-5).

⁹³ Règlement du Comité Central Exécutif de l'URSS et du Conseil des Ministres de l'URSS sur le perfectionnement du système bancaire dans l'État et l'amplification de leur influence sur l'efficacité économique n° 821 en date du 17 juillet 1987, Sections no. 3, 8 (pièce FR-4).



Sberbank de l'Union soviétique) a été attribuée à la Fédération de Russie. Par la suite, avec l'apport de ces actifs, une banque commerciale, Sberbank de Russie, a été créée.

128. De son côté, la branche régionale établie en Ukraine (la *Banque Républicaine Ukrainienne de Sberbank de l'Union soviétique* précitée) a été déclarée comme étant propriété de l'Ukraine, par l'Ordonnance de la Rada Suprême de la RSS d'Ukraine du 20 mars 1991⁹⁴, et ce à compter du 1^{er} mai 1991. Jusqu'au 2 septembre 1991, la structure a existé sous le nom de *Banque d'Epargne Publique Commerciale Spécialisée de la RSS d'Ukraine* et était propriété de l'État d'Ukraine.

129. A partir du 3 septembre 1991, et à la suite de la Déclaration d'Indépendance faite par l'Ukraine après la chute de l'Union soviétique⁹⁵, la structure a existé sous le nom de *Banque d'Epargne Publique Commerciale Spécialisée d'Ukraine (Oschadbank d'Ukraine)*⁹⁶. Cette date du 3 septembre 1991 est fondamentale car c'est le jour où s'est réuni le Conseil de la Banque qui a approuvé les statuts de celle-ci en créant une entité dotée de la personnalité morale séparée de celle de l'État d'Ukraine.

130. Les Statuts de la Banque approuvés par le Conseil de la Banque le 3 septembre 1991, que la Fédération de Russie a pu obtenir récemment dans les Archives à Kiev, indiquent expressément que :

« 1. La Banque d'Epargne Publique Commerciale Spécialisée d'Ukraine (Oschadbank d'Ukraine), ci-après la « Banque », a été créée en vertu de la Loi de la RSS d'Ukraine du 20 mars 1991 « Sur les banques et les activités bancaires » et fait partie du système bancaire d'Ukraine.

2. La Banque est une personne morale et, avec toutes ses succursales, constitue un système unifié de la Banque. [...]

4. La Banque et ses succursales sont indépendantes des autorités suprêmes d'Ukraine, sauf si la loi ukrainienne en dispose autrement »⁹⁷.



⁹⁴ Ordonnance de la Rada Suprême d'Ukraine No. 873-XII sur l'entrée en vigueur de la loi sur les banques et les activités des banques en date du 20 mars 1991, Section 2 (**pièce FR-6**).

⁹⁵ Ordonnance de la Rada Suprême d'Ukraine No. 1427-XII sur la déclaration d'indépendance d'Ukraine du 24 août 1991 (**pièce FR-7**).

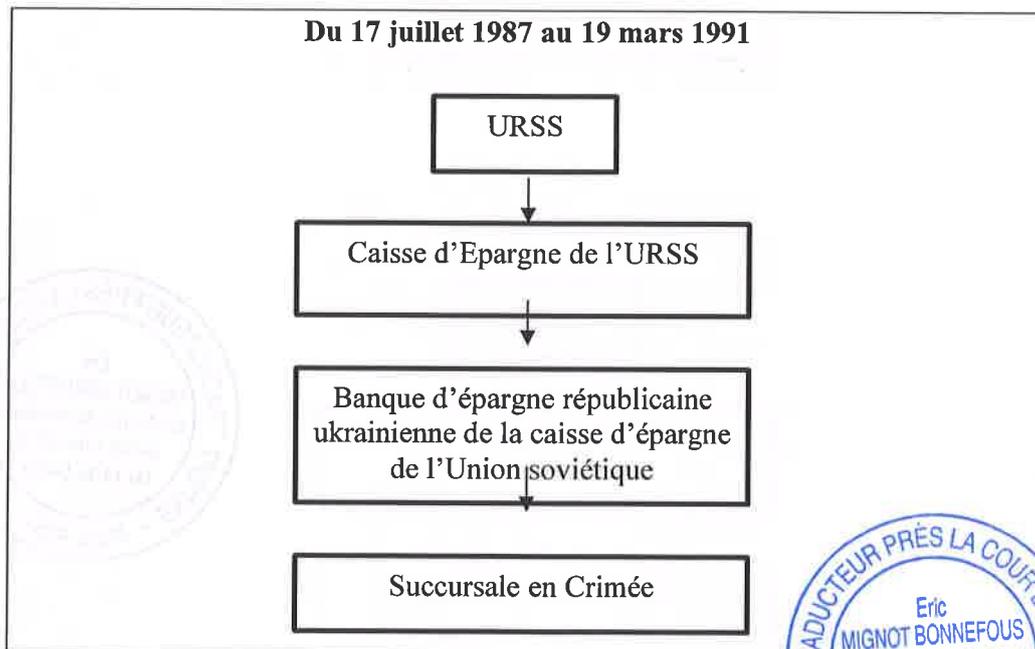
⁹⁶ Compte rendu de la Réunion du Conseil de la Banque No. 1 en date du 3 septembre 1991 (**pièce FR-8**). Comme indiqué précédemment, l'équivalent ukrainien du terme russe Sberbank est Oschadbank.

⁹⁷ Statuts de la Banque d'Epargne Publique Commerciale Spécialisée d'Ukraine approuvés par le Conseil de la Banque le 3 septembre 1991 et enregistrés par la Banque National d'Ukraine le 31 décembre 1991 (**pièce FR-9**).

131. Le document d'archive de 2013 précité atteste du fait que la Banque a été fondée par l'État, à savoir par le cabinet des ministres d'Ukraine, et que « l'État exerce et réalise les pouvoirs du titulaire des parts du capital social qui lui appartiennent [...] »⁹⁸.

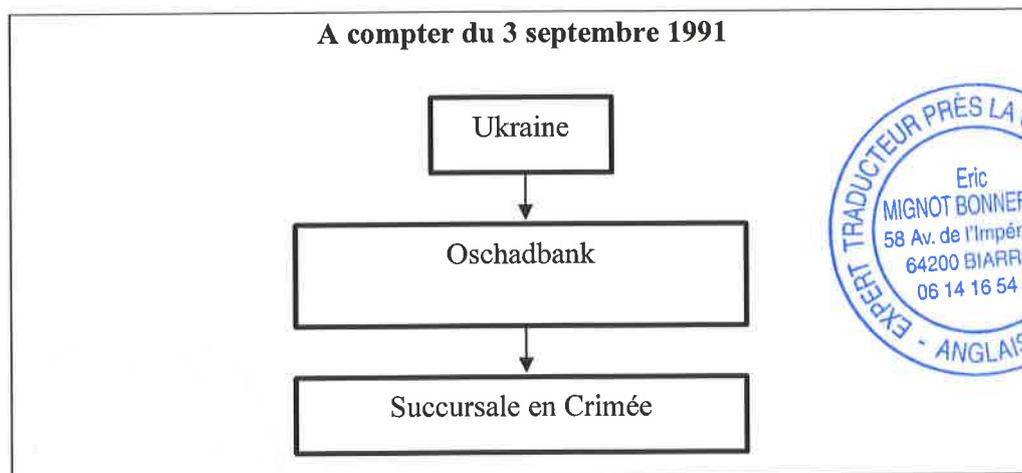
132. Quelques mois plus tard, le 31 décembre 1991, la Banque a été enregistrée auprès de la Banque Nationale d'Ukraine en tant que société commerciale dotée de la personnalité morale distincte de l'État d'Ukraine⁹⁹.

133. Il en résulte que l'évolution de la structure de détention de la Succursale en Crimée a été la suivante :



⁹⁸ Archive Publique Centrale des Autorités Suprêmes d'Ukraine, le Fonds No. 4753, l'Inventaire des dossiers du stockage permanent No. 1 pour la période 1981-1999, pp. 1-9, fait à Kiev le 20 septembre 2013 (pièce FR-5).

⁹⁹ Statuts de la Banque d'Epargne Publique Commerciale Spécialisée d'Ukraine approuvés par le Conseil de la Banque le 3 septembre 1991 et enregistrés par la Banque National d'Ukraine le 31 décembre 1991 (pièce FR-9).



134. Cette évolution a été présentée par la Fédération de Russie dans son mémoire en réplique dans le recours en révision¹⁰⁰ et n'a pas été contestée par Oschadbank, ni dans la procédure en révision de la sentence, ni dans la présente instance.

¹⁰⁰ Réplique de la Fédération de Russie en date du 25 octobre 2019 dans le recours en révision de la Sentence (pièce FR-26) § 27.

135. Au cours des années qui ont suivi, et conformément au Décret du Président d'Ukraine No.106 en date du 20 mai 1999¹⁰¹ et à l'Ordonnance du cabinet des ministres d'Ukraine No. 876 en date du 21 mai 1999¹⁰², la Banque a changé de forme sociale, sans changement de personnalité morale et sans modification de sa structure de détention. C'est à ce moment que la Banque a pris son nom actuel de *Banque d'Epargne Publique d'Ukraine*, aussi dénommée Oschadbank, et a désormais existé sous la forme d'une société publique par actions.

136. En vertu du Décret et de l'Ordonnance de 1999, « *la Banque succède aux droits et obligations* » de son prédécesseur et l'intégralité de son capital social continuent à appartenir à l'État. Ceci n'est pas non plus contesté par Oschadbank. Parmi les différentes subdivisions de la Banque, la Succursale en Crimée a toujours existé.

2. – La Succursale en Crimée a été créée avant le 1^{er} janvier 1992

137. S'agissant de la Succursale en Crimée, elle a été créée au cours de la période soviétique et a été exploitée de façon ininterrompue depuis. Ainsi, la Succursale en Crimée avait déjà une activité considérable au cours de cette période comme en attestent les résumés statistiques annuels : par exemple, celui du 1^{er} janvier 1971 recensait déjà 733.672 comptes de dépôt¹⁰³. La Succursale en Crimée est donc un investissement fait au cours de la période soviétique et comme tel exclu du champ d'application du TBI.

138. Cela est confirmé par les documents que la Fédération de Russie a retrouvés dans les Archives à Kiev. Il ressort notamment du Compte rendu de la Réunion du Conseil de la Banque en date du 3 septembre 1991 précité que la Succursale en Crimée continuait à être opérationnelle à cette date et que le Directeur de celle-ci était un Membre du Conseil de la Banque, d'ailleurs nommément désigné (Madame Valentina Matviivna Suslova)¹⁰⁴.



¹⁰¹ Décret du Président d'Ukraine No.106 sur la réorganisation de la Banque d'Epargne Publique Commerciale Spécialisée d'Ukraine en date du 20 mai 1999 (**pièce FR-10**).

¹⁰² Ordonnance du cabinet des ministres d'Ukraine No. 876 sur quelques questions de la gestion de la Banque d'Epargne Publique Commerciale Spécialisée d'Ukraine en date du 21 mai 1999 (**pièce FR-11**).

¹⁰³ Statistiques sur les principaux indicateurs de performance de la Caisse publique d'épargne de travail de la République socialiste soviétique autonome de Crimée à la date du 1^{er} janvier 1971 (**pièce FR-12**).

¹⁰⁴ Compte rendu de la Réunion du Conseil de la Banque No. 1 en date du 3 septembre 1991, pp. 3-5 (**pièce FR-8**).

139. La Succursale en Crimée est également mentionnée dans le Règlement du Conseil de la Banque approuvé par la Réunion du Conseil de la Banque le 3 septembre 1991¹⁰⁵ et dans les Statuts de la Banque approuvés à la même date¹⁰⁶.

140. Oschadbank soutient désormais que l'acquisition par Oschadbank de la Succursale en Crimée daterait du 2 janvier 1992, ce qui correspond à la date de l'enregistrement de la Succursale en Crimée auprès des autorités ukrainiennes, soit un jour après le début de l'application du TBI¹⁰⁷. La date de l'enregistrement administratif ne coïncide pourtant pas avec la date de réalisation de l'investissement.

141. En effet, bien que l'Article 1.2 du Règlement intérieur de la Succursale en Crimée produit par Oschadbank dans la procédure arbitrale indique que ladite Succursale a été enregistrée le 2 janvier 1992¹⁰⁸, il n'en demeure pas moins qu'elle existait et était déjà en activité bien avant cette date, et faisait partie des actifs apportés par l'État d'Ukraine à la Banque au cours de l'année 1991.

142. L'enregistrement de la Succursale en Crimée est un acte purement administratif qui ne coïncide nullement avec la date de l'investissement qui est l'acquisition et l'exploitation de celle-ci, événements qui ont eu lieu avant cette date ainsi que les documents précités obtenus par la Fédération de Russie dans les Archives à Kiev le démontrent¹⁰⁹. Dans son mémoire en date du 25 novembre 2019 dans le recours en révision, Oschadbank reconnaît cela en admettant que la Succursale en Crimée a été « *formally established* »¹¹⁰ et « *formally acquired* »¹¹¹ le

¹⁰⁵ Règlement du Conseil de la Banque d'Épargne d'Ukraine approuvé par la Réunion du Conseil de l'Impératrice de la Banque le 3 septembre 1991, Section 7 (¶ 2) (**pièce FR-13**).

¹⁰⁶ Statuts de la Banque d'Épargne Publique Commerciale Spécialisée d'Ukraine approuvés par le Conseil de la Banque le 3 septembre 1991 et enregistrés par la Banque National d'Ukraine le 31 décembre 1991, § 47 (**pièce FR-9**).

¹⁰⁷ Conclusions d'Oschadbank du 15 décembre 2020, § 159.

¹⁰⁸ Regulation of the Crimean Republican Directorate of JSC "Oschadbank" No. 484 "On the Branch – Crimean Republican Directorate of Public Joint Stock Company "State Savings Bank of Ukraine", en date du 31 juillet 2013 (the "Crimean Branch's Regulation") », Article 1.2 (**pièce CE-18** dans la procédure arbitrale) (**pièce FR-2**). Il sera remarqué que la traduction partielle fournie aux arbitres par Oschadbank ne comportait pas la traduction de cette disposition du Règlement intérieur de la Succursale en Crimée. Une telle omission est intentionnelle et avait pour but d'éviter d'attirer l'attention du tribunal arbitral sur la date de réalisation de l'investissement. Il sera question de la fraude procédurale dont Oschadbank s'est rendue coupable dans le chapitre consacré à la violation de l'ordre public international, v. *infra* §§ 355 et s.

¹⁰⁹ Cf. **pièces FR-5, FR-8, FR-9 et FR-13**.

¹¹⁰ Duplique d'Oschadbank en date du 25 novembre 2019 dans le recours en révision de la Sentence, §67 (**pièce FR-27**).

¹¹¹ Duplique d'Oschadbank en date du 25 novembre 2019 dans le recours en révision de la Sentence, §69 (**pièce FR-27**).



2 janvier 1992, c'est-à-dire que ces événements sont de nature purement administrative. En revanche, Oschadbank se garde bien d'indiquer quand a eu lieu l'acquisition et l'exploitation réelle et effective de la Succursale en Crimée. On voit bien la raison de ce silence car ces dates sont antérieures au 1^{er} janvier 1992.

143. Oschadbank dans ses conclusions dans la présente instance en date du 15 décembre 2020, continue d'affirmer que :

*« La succursale dans cette région [en Crimée], également issue de l'ancienne Sberbank de l'Union soviétique sous laquelle elle existait précédemment, a été **enregistrée** auprès des autorités le 2 janvier 1992 »¹¹². (souligné par nous)*

144. L'enregistrement de la Succursale en Crimée auprès des autorités ukrainiennes ne constitue pas l'acte d'investissement au sens du TBI. L'acte d'investissement est le fait pour Oschadbank d'acquérir ou de créer la Succursale en Crimée et non pas d'enregistrer postérieurement quelque chose qu'Oschadbank a précédemment acquis. Pour s'en convaincre, il suffit de se référer à nouveau à la définition de l'article 1(1) du TBI selon lequel « "investments" means all kinds of assets and intellectual values, which are invested by an investor of one Contracting Party [...] » et aux développements qui suivent au sujet de cette disposition¹¹³.

145. A aucun moment, Oschadbank n'affirme, ni n'apporte d'ailleurs aucun élément de preuve, qui attesterait que la Succursale en Crimée a été acquise à compter du 1^{er} janvier 1992. D'ailleurs, elle ne le pourrait pas car il est établi, et d'ailleurs non contesté, qu'Oschadbank a exploité la Succursale en Crimée dès avant cette date.

146. Dans ces circonstances, le prétendu investissement d'Oschadbank a été effectué avant le 1^{er} janvier 1992, qui est la date à compter de laquelle les investissements réalisés par les investisseurs d'un État contractant sur le territoire de l'autre État contractant auraient pu bénéficier de la protection du TBI. Ce fait a été soigneusement occulté par Oschadbank et ignoré par le tribunal lors de la procédure arbitrale.

B. – Le TBI ne s'applique qu'aux investissements réalisés à compter du 1^{er} janvier 1992

147. Afin de démontrer que le TBI ne s'applique qu'aux investissements réalisés à compter du 1^{er} janvier 1992, il sera question, d'une part, du sens de son article 12 en vertu des directives posées par la Convention de Vienne sur le droit des traités (Ci-après « CVLT ») au regard de l'historique de la négociation du TBI (1) et,

¹¹² Conclusions d'Oschadbank en date du 15 décembre 2020 §16. V. aussi §159 où Oschadbank affirme « *L'argument est faux en fait, la succursale de Crimée a été enregistrée le 2 janvier 1992* », sans nullement démontrer que l'enregistrement constitue un acte d'investissement aux sens du TBI.

¹¹³ V. *infra* §§ 248 et s.



d'autre part, de l'inanité factuelle et juridique de la position soutenue par Oschadbank et retenue à tort par le tribunal arbitral (2).

1. – Le sens de la condition posée par l'article 12 du TBI

148. Comme indiqué précédemment, le TBI prévoit à son article 12 que « [t]his Agreement shall apply to all investments, made by the investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party as of 1 January 1992 ».

149. Le sens est clair et signifie que le TBI ne s'applique pas à des investissements effectués avant cette date. Dès lors que le TBI prévoit le recours à l'arbitrage pour régler les différends qui pourraient naître (article 9), la non-application *ratione temporis* du TBI signifie que la Fédération de Russie n'a fait aucune offre d'arbitrage pour les investissements antérieurs au 1^{er} janvier 1992 et qu'une éventuelle procédure d'arbitrage sera portée devant un tribunal incompétent.

150. La Fédération de Russie a consulté le Professeur Xavier Boucobza qui, dans la consultation en date du 25 juin 2020, procède à l'analyse de l'article 12 du TBI, ainsi que des arguments présentés par Oschadbank devant la Cour de céans¹¹⁴ et conclut :

« La lecture de l'article 12 du TBI conclu entre la Fédération de Russie et l'Ukraine le 27 novembre 1998 est très claire : « This Agreement shall apply to all investments, made by the investors of one Contracting Party on the territory of the other Contracting Party as of 1 January 1992 ». Sauf à priver cette disposition de tout son sens, un investissement réalisé avant le 1^{er} janvier 1992 ne relèvera pas de la compétence du tribunal arbitral au titre du TBI. L'emploi de l'expression « made by the investors » signifie en particulier que des investissements faits avant le 1^{er} janvier 1992, mais qui continuent ensuite à exister, ne bénéficient pas de la protection accordée par le TBI. Raisonner autrement conduirait à priver d'objet les clauses des TBI qui prévoient que le traité sera applicable aux investissements déjà existants mais seulement s'ils ont été réalisés après une certaine date »¹¹⁵.

151. Les termes de l'article 12 sont si clairs qu'ils ne requièrent aucun exercice d'interprétation¹¹⁶. Cela a été confirmé par le Professeur Boucobza lors de son audition le 19 novembre 2020 :

¹¹⁴ Consultation du Professeur Xavier Boucobza en date du 25 juin 2020 (pièce FR-36).

¹¹⁵ Consultation du Professeur Xavier Boucobza en date du 25 juin 2020, conclusions 3° (pièce FR-36).

¹¹⁶ Pour un raisonnement similaire au sujet des conditions de compétence matérielle posées du TBI Espagne-Venezuela, CA Paris, Pôle 5, Ch. 16, 3 juin 2020, *République Bolivarienne du Venezuela c/ Monsieur Serafin Garcia Armas, Madame Karina Garcia Gruber*, RG n° 19/03588 (Pièce FRJ-



« M. le Président.- [...] Vous indiquez également dans votre consultation qu'il est, je cite : « "parfaitement clair" sauf à "dénaturer les dispositions claires du TBI" qu'à la lecture de l'article 12 du TBI, l'investissement, pour bénéficier de la protection accordée par le TBI, doit avoir été effectué à compter du 1er janvier 1992. »

Selon vous, la rédaction de l'article 12 n'est donc pas même susceptible d'interprétation ?

M. le Pr X. Boucobza.- L'article est clair et il n'est pas ambigu. »¹¹⁷

152. Si on devait procéder à un exercice d'interprétation pour chercher le sens de l'article 12 du TBI au-delà de ses termes pourtant clairs, on aboutirait à la même conclusion. Le contexte du TBI permet déjà de s'en convaincre. Comme indiqué précédemment, le TBI a été conclu le 27 novembre 1998 et est entré en vigueur le 27 janvier 2000. Conformément à l'article 28 de la CVLT¹¹⁸, prévoyant le principe de non-rétroactivité des traités internationaux, le TBI n'aurait vocation à s'appliquer qu'à des investissements réalisés à compter de son entrée en vigueur, sauf clause particulière du traité¹¹⁹.

153. L'article 12 est précisément une de ces clauses particulières qui a pour fonction d'étendre le champ d'application temporel du TBI à des investissements réalisés avant son entrée en vigueur. Cependant, le TBI ne s'applique pas à tous les investissements effectués avant son entrée en vigueur, mais seulement à ceux qui sont réalisés à compter du 1^{er} janvier 1992.

154. Le choix de la date du 1^{er} janvier 1992 n'est pas le fruit du hasard : l'intention des parties contractantes était de ne protéger que les investissements



6) : « 51. Il résulte des termes du TBI suivant leur sens ordinaire, sans qu'il soit nécessaire de les interpréter, que l'investissement protégé par le Traité est un actif investi par un investisseur de l'autre partie contractante, de sorte que l'investissement justifiant la compétence razione materiae du tribunal arbitral est celui réalisé par un investisseur qui détient la nationalité de l'autre partie contractante, en vertu de sa législation, à la date à laquelle il réalise cet investissement sur le territoire de l'autre partie. » (souligné par nous).

¹¹⁷ Sténotypie *verbatim* de l'audience du 19 novembre 2020 d'audition des Professeurs Yves Nouvel et Xavier Boucobza, page 30, lignes 3 à 12 (pièce FR-43).

¹¹⁸ Article 28 CVDT « *A moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, les dispositions d'un traité ne lient pas une partie en ce qui concerne un acte ou fait antérieur à la date d'entrée en vigueur de ce traité au regard de cette partie ou une situation qui avait cessé d'exister à cette date* ».

¹¹⁹ Consultation du Professeur Xavier Boucobza en date du 25 juin 2020, §§ 33 et s. (pièce FR-36).

réalisés après la dissolution de l'Union soviétique¹²⁰. Dès lors que la création de la Succursale en Ukraine est de plusieurs décennies antérieure à cette date, il ne s'agit pas d'un investissement auquel le TBI s'applique. Si, par impossible, cela n'était pas considéré comme déterminant, et que la Cour de céans estimait qu'il convient de prendre en compte la date à laquelle la Banque a été créée comme personne morale séparée de l'État d'Ukraine et a acquis et exploité la succursale en Crimée, celle-ci est également antérieure au 1^{er} janvier 1992, comme cela a été indiqué plus haut.

155. Il aurait pu être prévu que le TBI ait vocation à s'appliquer à tous les investissements antérieurs, quelle que soit la date de leur réalisation. Il existe des traités bilatéraux de protection des investissements qui le prévoient, à l'instar du modèle de traité néerlandais¹²¹, mais tel n'est pas le cas en l'espèce. Pour donner un *effet utile* à l'article 12 du TBI, il convient de retenir la date précise à laquelle Oschadbank a réalisé son investissement. En effet, si les prétendus investissements d'Oschadbank pouvaient se trouver protégés quelle que soit la date de leur réalisation, il aurait été nécessaire de rédiger autrement l'article 12 du TBI en y supprimant toute référence temporelle, par exemple de l'une des façons suivantes :

« This Agreement shall apply to all investments, ~~made by~~ of the investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party ~~as of 1 January 1992~~ ».

Ou bien:

« This Agreement shall apply to all investments, made by the investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party ~~as of 1 January 1992~~ before or after its entry into force ».

156. De telles réécritures du TBI sont interdites comme le rappelle d'ailleurs Oschadbank dans ses conclusions du 15 décembre 2020¹²².

157. Une interprétation de l'article 12 du TBI qui inclurait tous les investissements, quelle que soit la date de leur réalisation, priverait cette disposition de son sens, et effet utile. Comme l'indique le Professeur Boucobza :

« Sauf à priver cette disposition de tout son sens, un investissement réalisé avant le 1^{er} janvier 1992 ne relèvera pas de la compétence du tribunal arbitral au titre du TBI. L'emploi de l'expression « made by the investors » signifie en particulier que des investissements faits avant le 1^{er} janvier 1992, mais qui

¹²⁰ V. aussi Sténotypie *verbatim* de l'audience du 19 novembre 2020 d'audition des Professeurs Yves Nouvel et Xavier Boucobza, page 26, ligne 32 à page 27, ligne 5 (pièce FR-43).

¹²¹ V. article 10 du modèle de TBI des Pays-Bas (version de 1997) qui prévoit que « *the provisions of the Agreement shall, from the date of its entry into force thereof, also apply to investments which have been made before that date* » (pièce FR-17).

¹²² Conclusions d'Oschadbank en date du 15 décembre 2020, § 107



continuent ensuite à exister, ne bénéficient pas de la protection accordée par le TBI. C'est le sens des clauses qui prennent en compte les investissements existants antérieurement à la date d'entrée en vigueur du TBI ou qui couvrent uniquement certains de ces investissements qui existent au moment de l'entrée en vigueur du traité à la condition qu'ils soient postérieurs à une certaine date fixe.

Raisonnement autrement conduirait à priver d'objet les clauses des TBI qui prévoient que le traité sera applicable aux investissements déjà existants mais seulement s'ils ont été réalisés avant une certaine date. Or, comme le rappelle Oschadbank elle-même, l'article 31, § 1, de la VCLT [CVDT] considère que : "un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but" »¹²³.

158. Le Professeur Boucobza l'a expliqué en ces termes lors de l'audience du 19 novembre 2020, en réponse à la question du conseil d'Oschadbank qui suggérait que dès lors que le TBI était entrée en vigueur le 27 janvier 2000, son article 9, l'offre d'arbitrage, trouvait à s'appliquer de façon absolue :

« Me Ph. Pinsolle.- Pardonnez-moi mais il me semble qu'on était d'accord pour dire que l'offre d'arbitrer était applicable depuis 2000. Non ?

M. le Pr X. Boucobza.- Oui, elle est applicable précisément à un certain nombre de situations qui sont visées, comme je vous l'ai dit, par l'article 12, c'est-à-dire pour les investissements réalisés à compter du 1er janvier. Comment, sinon, voulez-vous interpréter l'article 12 ? Vous le privez de tout effet. L'offre d'arbitrage, elle n'est pas absolue : ce n'est pas « j'offre l'arbitrage » pour n'importe quoi.

Prenons l'exemple d'un investisseur français qui veut investir en Russie. Peut-il invoquer l'article 9 ? Non. Pourquoi ne peut-il pas invoquer l'article 9 ? Parce que précisément ce n'est pas un investissement ukrainien en Russie.

Eh bien exactement de la même manière, puisque l'investissement ou si l'investissement n'a pas été réalisé à compter du 1er janvier 1992, il n'y a pas d'offre d'arbitrage qui vaut pour cet investissement-là : la protection ne joue pas. »¹²⁴

¹²³ Consultation du Professeur Xavier Boucobza en date du 25 juin 2020, §§ 67-69 (pièce FR-36).

¹²⁴ Sténotypie *verbatim* de l'audience du 19 novembre 2020 d'audition des Professeurs Yves Nouvel et Xavier Boucobza, page 42, lignes 13 à 26 (pièce FR-43).

159. Au cours de la négociation du TBI, la disposition qui deviendra l'article 12 a fait l'objet de discussions concrètes et significatives entre la Fédération de Russie et l'Ukraine, ainsi que la consultation de ses travaux préparatoires le confirme. La référence aux travaux préparatoires est un des moyens complémentaires d'interprétation d'un traité prévu par la CVDT, dont l'article 32 prévoit :

« Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 : a) Laisse le sens ambigu ou obscur ; ou b) Conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable ».

160. Au cours de la négociation du TBI, l'Ukraine a proposé au moins trois fois une application temporelle très étendue. Dans les projets soumis en 1994 et 1997, l'Ukraine proposait en effet d'étendre l'application du TBI aux investissements faits avant comme après son entrée en vigueur. Les projets ukrainiens de 1994 et de 1997 prévoyaient respectivement que :

« Le présent traité s'applique aux investissements faits sur le territoire et conformément à la réglementation d'une Partie Contractante par les investisseurs de l'autre Partie Contractante à la fois avant et après la date d'entrée en vigueur du présent traité »¹²⁵.

« Les termes et conditions du présent traité seront appliqués aux investissements faits par les investisseurs de chacune des Parties Contractantes à la fois avant et après l'entrée en vigueur du présent traité et seront appliqués à compter de son entrée en vigueur »¹²⁶.



161. Ce n'est finalement qu'au cours de la réunion de négociation entre les délégations ukrainienne et russe, qui s'est tenue à Moscou du 19 au 21 janvier 1998, qu'est apparue la référence à la date du 1^{er} janvier 1992, proposée par la Fédération

¹²⁵ Proposition ukrainienne de 1994, article 10, traduction anglaise dans la pièce : « *This Treaty shall apply to the investments carried out on the territory and in accordance with the laws of one Contracting Party by investors of the other Contracting Party both prior to and after the effective date of this Treaty* » (pièce FR-37).

¹²⁶ Proposition ukrainienne de 1997, article 12, traduction anglaise dans la pièce : « *The terms and conditions of this Treaty shall be applied to investments carried out by investors of each Contracting Party both before and after this Treaty comes into effect and be applied with effect from its coming into effect* » (pièce FR-38).

de Russie. Le projet de TBI qui a accueilli l'accord des deux parties sur les points principaux prévoyait désormais quant au champ d'application *ratione temporis* :

« Le présent traité sera appliqué à tous les investissements réalisés par les investisseurs de chacune des Parties Contractantes (à compter du 1^{er} janvier 1992) [à la fois avant et après l'entrée en vigueur du présent traité et sera appliqué à compter de son entrée en vigueur] »¹²⁷. (souligné par nous)

162. La référence dans le projet de janvier 1998 à deux rédactions alternatives – l'une entre parenthèses () et l'autre entre crochets [] – atteste de ce que ce point était encore l'objet de discussions en janvier 1998 et restait l'une des questions à trancher lors des futures réunions entre les parties.

163. Le fait que, dans la version finalement adoptée du TBI, la référence à la date du 1^{er} janvier 1992 a été conservée atteste de la volonté des parties d'exclure les investissements réalisés avant, en particulier au cours de la période soviétique, et démontre l'importance pour la Fédération de Russie, contrairement à la proposition de l'Ukraine, de prévoir cette délimitation temporelle. Il était donc essentiel de déterminer la date exacte à laquelle Oschadbank a réalisé son investissement.

164. Il est pourtant surprenant de remarquer que, bien que le tribunal arbitral ait eu conscience que l'article 12 était l'une des « *Key Provisions of the Treaty* »¹²⁸, ce même tribunal n'a nullement abordé la question du champ d'application du TBI dans le temps¹²⁹. Le tribunal n'a discuté que de la question du caractère temporel dans la définition de l'investissement, au demeurant de façon erronée¹³⁰ :

« In the English version of the Treaty text there is no temporal requirement in the definition of investment that would limit investments to those made after the Russian Federation's obligations under the Treaty became effective in the Crimean Peninsula. The Tribunal has no evidence before it to suggest that the English translation is inaccurate in any way. Accordingly, the Tribunal finds that it is immaterial for the purposes of



¹²⁷ Compte rendu signé par les chefs des délégations russe et ukrainienne de la réunion de négociations des 19 au 21 janvier 1998, , article 13, traduction anglaise dans la pièce : « *This Treaty shall be applied to all investments carried out by investors of either Contracting Party on the territory of the other Contracting Party (since 1 January 1992) [both before and after this Treaty comes into effect and be applied with effect from its coming into effect].* » (pièce FR-39).

¹²⁸ Sentence, pages 22-23.

¹²⁹ Consultation du Professeur Xavier Boucobza en date du 25 juin 2020, §§ 89-94 (pièce FR-36).

¹³⁰ V. *infra* §§ 285 et s.

determining jurisdiction that the investments were made before the accession of the Crimean Peninsula to the Respondent »¹³¹.

165. En revanche, s'agissant du champ d'application *ratione temporis* du TBI, qui est une question préalable à celle des conditions de protection parce qu'elle détermine si le traité est applicable dans son ensemble au différend en objet¹³², on n'en trouve aucune trace dans la Sentence.

166. On n'en trouve d'ailleurs pas davantage dans les écritures d'Oschadbank en particulier dans son mémoire en demande dans l'arbitrage, Oschadbank ne traite que de la compétence *ratione temporis* concernant les actes allégués de la Fédération de Russie¹³³, sans évoquer à aucun moment la date de réalisation de l'investissement dont elle prétend avoir été expropriée.

167. A aucun moment lors de l'audience, qui a duré trois jours, Oschadbank n'a abordé la question de la date de son prétendu investissement. Lorsque, pour la première fois, Oschadbank a abordé la question de la compétence *ratione temporis* du tribunal arbitral, cela a été pour évoquer la question, non pertinente pour l'appréciation de la condition de l'article 12 du TBI, de l'application du TBI à des prétendus actes de la Fédération de Russie autour de la période de l'accession de la Crimée à celle-ci :

« We're going to move to the Tribunal's Jurisdiction Ratione Temporis. And there is nothing in the Treaty suggesting that this Tribunal does not have temporal jurisdiction after the 21st or the 18th of March, 2014, but we have put forward an argument that this Tribunal must also consider acts and omissions of the



¹³¹ Sentence § 226. C'est sur ce paragraphe de la Sentence, qu'Oschadbank tente de s'accrocher pour faire dire au tribunal arbitral que l'investissement d'Oschadbank aurait été réalisé (au sens de l'article 12 du TBI) en mars 2014, ce qui est faux (cf. *infra* § 171 et s).

¹³² V. *supra* § 112 et s, sur la différence entre champ d'application du traité et conditions de protection des investissements prévues par le TBI. V. aussi, l'explication du Professeur Boucobza : « **M. le Pr X. Boucobza.**- [...] *En réalité, dans la définition même de l'investissement, non pas temporelle mais de l'investissement, dont les détails sont donnés par l'article 1, c'est ce qui va permettre à l'investisseur de bénéficier ou pas de la protection. Mais encore faut-il que le Traité soit applicable. Si, concrètement, le Traité n'est pas applicable pour des raisons d'application dans le temps, il n'est même pas besoin d'aller voir les dispositions du Traité pour savoir si, oui ou non, par exemple, nous sommes en présence d'un droit de propriété ou pas.* », Sténotypie verbatim de l'audience du 19 novembre 2020 d'audition des Professeurs Yves Nouvel et Xavier Boucobza, page 29, lignes 15 à 21 (pièce FR-43).

¹³³ Statement of Claim, §§ 353 et s. dans une section intitulée « *The Tribunal has temporal jurisdiction over the entirety of the Russian Federation's Conduct that Devalued the Claimant's Investments* » (pièce FR-2).

Russian Federation predating those particular dates and going all the way to the 1st of March »¹³⁴.

168. L'absence de discussion par Oschadbank de la date de réalisation de son prétendu investissement est confirmée par le Professeur Xavier Boucobza :

« Il apparaît ainsi clairement que la seule question d'ordre temporel soulevée par Oschadbank relativement à la compétence du tribunal arbitral concerne la localisation dans le temps de l'acte étatique incriminé (tempus commissi delicti) mais non celle de la réalisation de l'investissement au sens de l'article 12 du TBI »¹³⁵.

169. C'est finalement l'intervention en tant que partie non litigante de l'État d'Ukraine qui, seule, a abordé la question du champ d'application dans le temps du TBI en confirmant l'interprétation qui a été donnée plus haut de la seule application aux investissements faits à compter du 1^{er} janvier 1992 :

« The clear intent of Article 12 was to maximize the temporal application of the Treaty, specifically to cover investments that were not protected by the Treaty at the time they were initiated. Like most bilateral investment treaties of its era, the Treaty was written to protect pre-existing investment (covering the period from 1992, shortly after the dissolution of the USSR, to 1998 when the treaty was concluded). [...] Under the Treaty, so long as the investment was made after January 1, 1992, it is irrelevant whether the Treaty applied at that time »¹³⁶. (surligné par nous)



170. Il en résulte que, pour déterminer si le TBI était applicable *ratione temporis*, il aurait fallu qu'Oschadbank établisse que l'investissement allégué (le fonds de commerce constituant la Succursale en Crimée) avait été réalisé au plus tôt le 1^{er} janvier 1992. Le tribunal arbitral aurait dû vérifier ce point, et ce afin de rechercher si le TBI était applicable et si le consentement de la Fédération de Russie était caractérisé en l'espèce¹³⁷.

¹³⁴ Transcription de l'audience d'arbitrage, premier jour, 27 mars 2017, p. 103, lignes 2-9 (pièce FR-2).

¹³⁵ Consultation du Professeur Xavier Boucobza en date du 25 juin 2020, § 84 (pièce FR-36).

¹³⁶ Submission of Ukraine as non-disputing party, 29 novembre 2016, § 32 (pièce FR-2). La Fédération de Russie ne partage pas les autres arguments avancés par l'Ukraine dans son intervention dans la procédure arbitrale.

¹³⁷ Avec cette omission, non seulement le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent, mais il s'est également rendu coupable d'une violation de sa mission (*infra* §378 et s). Le fait qu'Oschadbank ait volontairement omis de porter à l'attention du tribunal arbitral les documents, découverts par la

2. – L'inanité factuelle et juridique de la position d'Oschadbank quant à l'interprétation du TBI

171. Dans ses conclusions, Oschadbank ne prend pas position sur le sens qu'il convient de donner à l'article 12 du TBI – et partant ne conteste pas l'interprétation présentée par la Fédération de Russie – en se limitant à soutenir que les prétendus investissements dateraient de mars 2014¹³⁸.

172. Dans développements sur la date de l'investissement, Oschadbank ne discute que de la définition de l'investissement au sens de l'article 1(1) du TBI¹³⁹, ce qui est une question différente tenant à la détermination des conditions de la protection introduite par le TBI et non pas à la question préalable de vérification de l'application du TBI *ratione temporis* posée par l'article 12. L'inanité des arguments d'Oschadbank relatifs à la qualification de l'investissement protégé au sens de l'article 1(1) du TBI sera démontrée plus loin¹⁴⁰. On se limitera à démontrer à ce stade que, dans le contexte de la détermination du champ d'application *ratione temporis* du TBI régi par l'article 12, la question traitée par Oschadbank n'a aucune pertinence.

173. Pour se convaincre du caractère artificiel de l'analyse d'Oschadbank, il convient de commencer par la citer :

« 152. Pour juger de la date à laquelle les actifs criméens sont devenus des investissements au sens du TBI, le Tribunal a observé que ces actifs revêtaient toutes les caractéristiques d'un investissement au sens du TBI sauf l'exigence géographique d'être situés sur le territoire russe. Jusqu'en mars 2014, ces actifs étaient en effet situés sur le territoire ukrainien. Ils étaient donc détenus par Oschadbank mais pas encore investis sur le territoire russe.

153. A compter du 21 mars 2014, ils ont été transférés sur le territoire russe et le Tribunal a jugé à juste titre qu'ils n'étaient plus seulement des actifs mais qu'ils étaient devenus des investissements au sens du TBI [...] »¹⁴¹. (souligné par nous)



Fédération de Russie, qui établissent avec certitude qu'Oschadbank a été créée avant le 1^{er} janvier 1992 et qu'elle avait, avant cette date, la propriété de la Succursale en Crimée, caractérise une fraude procédurale qui est sanctionnée par l'annulation de la Sentence arbitrale sur le fondement de la violation de l'ordre public international de procédure (*infra* §§355 et s).

¹³⁸ Conclusions d'Oschadbank en date du 15 décembre 2020, §§152-153.

¹³⁹ Conclusions d'Oschadbank du 15 décembre 2020, §§ 154-191.

¹⁴⁰ V. *infra* §§ 285 et s.

¹⁴¹ Conclusions d'Oschadbank en date du 15 décembre 2020, §§152-153.

174. Ainsi que l'analyse de la Sentence par le Professeur Xavier Boucobza fait ressortir, le tribunal arbitral n'a pas retenu qu'Oschadbank a réalisé ses investissements en mars 2014¹⁴². Même si le tribunal avait retenu une telle motivation, il se serait trompé, ce qui de toute façon entraîne l'annulation de la Sentence, dès lors que le contrôle par le juge de l'annulation entraîne une revue complète de l'appréciation de la compétence des arbitres en droit et en fait¹⁴³.

175. L'affirmation d'Oschadbank selon laquelle son investissement daterait de mars 2014, pour les besoins de la vérification de la condition de l'article 12 du TBI (comme d'ailleurs de l'article 1(1) du TBI) est factuellement et juridiquement fausse.

176. Factuellement, il est inexact de dire que la Succursale en Crimée aurait été, « à compter du 21 mars 2014 », « transférée » sur le territoire russe, car la Succursale en Crimée n'a nullement été déplacée. Elle était localisée en Crimée depuis la période soviétique et a été acquise (et exploitée) par Oschadbank dès avant le 1^{er} janvier 1992¹⁴⁴, si bien que l'acte d'investissement n'a pas pu être réalisé en mars 2014 par l'adhésion de la Crimée à la Fédération de Russie.

177. Juridiquement, la position d'Oschadbank résulte d'une interprétation fantaisiste de l'article 12 du TBI selon laquelle la date de réalisation de l'investissement serait la date à laquelle un actif se trouverait localisé, par des événements de surcroît extérieurs à l'investisseur, sur le territoire de l'autre partie contractante.

178. Les termes de l'article 12 du TBI le confirment lorsqu'il fait référence à des investissements « réalisés » sur le territoire de l'autre partie contractante et non pas investissements « localisés » dans ce lieu. Il convient d'ajouter que, dans la version officielle russe, le verbe utilisé est « осуществленным » (*osushchestvlenным*), lequel peut se traduire par « réalisés » ou « effectués ». Le verbe « осуществлять » (*osushchestvlyat'*) est ici employé dans son aspect perfectif, ce qui renvoie à une action complétée et non pas en cours. Dans le contexte de l'article 12, cela signifie qu'un investissement doit être réalisé à compter du 1^{er} janvier 1992 pour que le TBI soit applicable. Inversement, le TBI est inapplicable en présence d'un investissement réalisé avant cette date. L'emploi de l'aspect perfectif du verbe « réaliser » signifie en particulier que des investissements faits avant le 1^{er} janvier 1992, mais qui continuent ensuite, ne bénéficient pas de la protection accordée par le TBI. Cela confirme que l'acte d'investissement doit être postérieur au 31 janvier 1991 ce qui n'est pas le cas du prétendu investissement d'Oschadbank.

179. La thèse d'Oschadbank, selon laquelle son investissement daterait de mars 2014, se révèle absurde comme le démontre le Professeur Boucobza car, si elle était

¹⁴² Consultation du Professeur Xavier Boucobza du 24 octobre 2019, §§ 43 et s. (pièce FR-32).

¹⁴³ V. *supra* §§ 91 et s.

¹⁴⁴ V. *supra* §§ 137 et s.



retenue, elle ferait coïncider date de réalisation de l'investissement et date d'expropriation de celui-ci :

« Le changement de statut de la Crimée est l'acte qui est ici critiqué sur le terrain de la protection de l'investissement. Il ne peut s'agir de la date d'établissement de l'investissement. Il suffit pour s'en convaincre de raisonner par l'absurde sur cette question. Si le rattachement de la Crimée à la Fédération de Russie et ses actes subséquents était considéré comme portant atteinte à un investissement qui bénéficie de la protection du TBI, l'investisseur serait alors indemnisé justement en raison de cet acte jugé illicite (contraire aux dispositions du Traité). Cela reviendrait à réparer pour l'investisseur les conséquences de cet acte. Comment, dès lors, un tel acte pourrait-il être jugé source de responsabilité pour la Fédération de Russie et en même temps être celui qui marque le point de départ et le fondement de l'investissement ? En somme, il n'est pas possible de considérer que le rattachement de la Crimée à la Fédération de Russie est tout à la fois constitutif d'un investissement « en » Fédération de Russie et caractéristique d'une expropriation « par » la Fédération de Russie »¹⁴⁵.

180. Cette question a été discutée lors de l'audition du Professeur Boucobza devant la Cour le 19 novembre 2020, où il a été demandé s'il était possible de dater l'investissement à la date de la naissance du différend¹⁴⁶. L'impossibilité de procéder ainsi a été expliquée par le Professeur Boucobza en ces termes :

« M. le Pr X. Boucobza.- Ce sont vraiment deux questions au droit des investissements totalement différentes, et je dirais même quasiment opposées.

Pourquoi ? Si j'investis dans un pays, ce n'est pas pour la dispute. Quand j'investis, ce n'est pas pour engager la responsabilité de l'État. Ce n'est donc pas à ce moment-là. Si j'investis dans un pays, c'est parce que je veux y investir et que je bénéficie de cette



¹⁴⁵ Consultation du Professeur Xavier Boucobza en date du 25 juin 2020, § 80 (pièce FR-36).

¹⁴⁶ « Mme F. Schaller.- Subsidièrement, puisqu'il y avait absence d'une Partie de pouvoir soutenir la date de son investissement, ou de pouvoir venir le justifier à tout le moins, n'existe-t-il pas une règle qui imposerait de tomber sur la seconde meilleure façon de dater l'investissement, qui serait précisément la date à laquelle la dispute est arrivée, soit 2014 ? Est-ce une règle subsidiaire, dès lors qu'on ne sait pas quelle est la date de l'investissement, de poser la question de la date à laquelle le litige naît ? », Sténotypie verbatim de l'audience du 19 novembre 2020 d'audition des Professeurs Yves Nouvel et Xavier Boucobza, page 34, ligne 33 à page 35 ligne 4 (pièce FR-43).

protection. Je me place donc sous la protection du Traité. Donc, ce n'est pas au même moment.

Ensuite, un événement se passe, un acte est pris par l'État, que je conteste, et là je demande cette protection du Traité.

Je ne peux donc pas considérer que mon investissement et l'acte que je considère comme illégal sont réalisés au même moment, par hypothèse, sinon on sort complètement de la logique du droit des investissements. J'ai investi. J'ai été protégé et vous avez commis un acte illégal.

Il ne peut donc pas y avoir de concordance entre la date de l'investissement et la date de l'acte qui est considéré, invoqué, comme étant illégal. »¹⁴⁷

181. La situation est d'autant plus ridicule qu'Oschadbank a, au cours de l'arbitrage, invoqué des agissements prétendument illégaux de la Fédération de Russie qui dateraient du début du mois de mars 2014¹⁴⁸, c'est-à-dire avant même l'adhésion de la Crimée à la Fédération de Russie. Cela revient à soutenir que la violation du TBI par la Russie aurait eu lieu avant même qu'Oschadbank réalise son investissement, ce qui est pour le moins contre-intuitif. Comment logiquement soutenir que la Fédération de Russie aurait violé ses obligations au titre de la protection d'un investissement avant même que celui-ci ait pu être réalisé !

182. Et il y a plus : la question n'est pas de déterminer quand les actifs (la Succursale en Crimée) seraient « *devenus* » un investissement aux sens du TBI, comme le prétend à tort Oschadbank, mais de déterminer quand l'investissement a été « *réalisé* ». C'est la condition posée par l'article 12 du TBI. Dès lors, en admettant même par extraordinaire qu'un investissement puisse acquérir une protection par le TBI après sa réalisation¹⁴⁹, encore faut-il qu'un tel investissement soit réalisé à compter du 1^{er} janvier 1992, ce qui n'est pas le cas de la Succursale en Crimée qui a été acquise et exploitée par Oschadbank avant cette date.

183. Oschadbank fait semblant de confondre définition de l'investissement (qui est une condition de la protection prévue par le TBI et renvoie à la compétence *ratione materiae*) et date de réalisation de l'investissement (qui est une condition d'applicabilité du TBI et renvoie à la compétence *ratione temporis*), deux questions

¹⁴⁷ Sténotypie *verbatim* de l'audience du 19 novembre 2020 d'audition des Professeurs Yves Nouvel et Xavier Boucobza, page 35, lignes 5 à 19 (pièce FR-43).

¹⁴⁸ Cf. Sentence § 131.

¹⁴⁹ Ce qui est contesté et ce dont il sera question par la suite lors de l'étude des conditions de protection dans l'hypothèse où le TBI serait applicable, v. *infra* §§ 248 et s.

que le TBI distingue clairement : la première est régie par son article 1(1) et la seconde par l'article 12¹⁵⁰, ce que le Professeur Boucobza exprime ainsi :

« L'analyse d'Oschadbank se rapporte uniquement à la définition de l'investissement résultant de l'article 1(1) et à celle de l'investisseur résultant de l'article 1(2) du TBI conclu entre l'Ukraine et la Fédération de Russie en 1998.

C'est confondre la question de la détermination du champ d'application ratione materiae du TBI et de la compétence ratione materiae qui en découle (article 1 du TBI) et la question du champ d'application ratione temporis du TBI et de la compétence ratione temporis qui en découle (article 12 du TBI) »¹⁵¹.

184. Au cours de l'audience d'audition des experts qui s'est tenue devant la Cour le 19 novembre 2020, Oschadbank a ébauché une nouvelle théorie afin d'essayer de faire échapper l'incompétence *ratione temporis* au contrôle du juge de l'annulation. Elle a suggéré que la question de la date de réalisation de l'investissement serait une question de fond – qui échapperait au contrôle de l'article 1520 du CPC – et non pas une question de compétence :

« Me Ph. Pinsolle.- [...] Est-ce que l'interprétation alternative ne serait pas de dire que le Tribunal arbitral peut constater sa compétence, dès lors qu'il constate l'existence d'un investissement au sens de l'article 9, et que la question de savoir si cet investissement est postérieur, peut être, est une pure question de fond de savoir s'il est protégé ? Il existe, mais il n'est pas protégé. Vous voyez, cela c'est du fond et ce n'est plus de la compétence. [...] »

M. le Président.- La question est : "Est-il possible d'avoir une interprétation alternative selon laquelle le Tribunal arbitral pourrait se reconnaître compétent dès lors qu'existe un investissement au sens de l'article 9 et trancherait ensuite, au fond, de la question du bénéfice de cet investissement de la protection ?" »¹⁵²

185. Cette théorie ne pourrait être retenue car l'identification de la date de réalisation de l'investissement est une condition d'application du TBI, qui détermine donc en amont l'applicabilité de la clause d'arbitrage contenue dans son

¹⁵⁰ La confusion entretenue par Oschadbank se remarque lorsque celle-ci laisse entendre que les mêmes raisons conduisent à trancher les questions de la compétence matérielle et temporelle du TBI (cf. conclusions d'Oschadbank en date du 15 décembre 2020, §§ 194-198).

¹⁵¹ Consultation du Professeur Xavier Boucobza en date du 25 juin 2020, §§ 64-65 (pièce FR-36).

¹⁵² Sténotypie *verbatim* de l'audience du 19 novembre 2020 d'audition des Professeurs Yves Nouvel et Xavier Boucobza, page 43, lignes 9 à 21 (pièce FR-43).



article 9 comme l'a expliqué le Professeur Boucobza en répondant à la question posée :

« M. le Pr X. Boucobza.- La réponse, pour moi, est clairement non. [...] Pourquoi ? Parce que l'article 12 pose la condition d'application du Traité. C'est express et expressément dit dans la condition d'application du Traité.

La question est de savoir si je suis, ensuite, protégé par les différentes stipulations contenues dans le Traité : c'est uniquement si le Traité s'applique.

Je vous donne un raisonnement qui est le suivant : imaginons que le Tribunal arbitral ait constaté que l'investissement ait été réalisé avant le 1er janvier 1992. Quelle en serait alors sa conséquence ? Quelle conséquence en tirerait-il ? Il dirait : le Traité n'est pas applicable. Puisque l'investissement a été réalisé avant le 1er janvier, le Traité n'est pas applicable. À ce titre-là, quelle conséquence tirerait le Tribunal arbitral ? Il dirait : « Je suis compétent mais vous ne pouvez pas être protégé parce que cette condition de protection... » Non, le Traité n'est pas applicable et à quel titre, moi, Tribunal arbitral je peux même me prononcer pour savoir si votre investissement est ou n'est pas protégeable ? Je ne suis pas compétent. Le Traité n'est pas [applicable]. L'offre d'arbitrage est contenue dans ce Traité. Elle fait partie des protections accordées par ce Traité. »¹⁵³



186. La question de l'identification de la date de réalisation de l'investissement ne peut pas être une condition de fond et cela résulte aussi clairement de la jurisprudence de la Cour de cassation sur le rôle de la vérification de la compétence arbitrale. Il a en effet été jugé que « l'applicabilité de la clause d'arbitrage déduite du traité bilatéral dépend de la réalisation de l'ensemble des conditions requises par ce texte sur la nationalité de l'investisseur et l'existence d'un investissement »¹⁵⁴.

187. C'est probablement pour ces raisons que cette nouvelle thèse d'Oschadbank, ébauchée lors de l'audition des experts le 19 novembre 2020, n'a pas été reprise dans les conclusions qu'elle a notifiées un mois plus tard, le 15 décembre 2020.

¹⁵³ Sténotypie *verbatim* de l'audience du 19 novembre 2020 d'audition des Professeurs Yves Nouvel et Xavier Boucobza, page 43, ligne 23 à page 44 ligne 12 (pièce FR-43).

¹⁵⁴ Cass. civ 1^{re}, 13 février 2019, *Transporte Dole et Alimentos Frisa c/ République bolivarienne du Venezuela*, n° 17-25851 (Pièce FRJ-7).

Addendum

Ce n'est finalement que dans les conclusions notifiées dans la nuit entre le 1^{er} et le 2 février 2021, quelques heures avant la clôture initialement prévue, qu'Oschadbank a invoqué le moyen de droit nouveau selon lequel la condition posée par l'article 12 du TBI serait une condition de fond et non de compétence qui échapperait au contrôle de la Cour de céans, saisie de la demande d'annulation de la sentence arbitrale sur le fondement de l'article 1520 du CPC¹⁵⁵.

Cette invocation extrêmement tardive d'un moyen de droit nouveau est contraire à l'article 15 du CPC¹⁵⁶ et montre, si une confirmation était nécessaire, la déloyauté procédurale d'Oschadbank, qui résulte du fait qu'Oschadbank aurait pu (et donc dû) présenter ce moyen bien avant. Rien n'empêchait en effet Oschadbank de le faire dans ses précédentes conclusions qu'elle a notifiées le 16 janvier 2020 et le 15 décembre 2020, puisque c'est depuis le tout début de la présente instance que la Fédération de Russie invoque, au soutien du grief d'incompétence arbitrale, le non-respect des conditions d'applicabilité du TBI posées par son article 12.

Le moyen de droit nouveau n'est pas seulement tardif, il est aussi mal fondé.

Le recours à l'arbitrage repose sur une offre d'arbitrage stipulée à l'article 9 du TBI. Cette offre d'arbitrage ne peut trouver à s'appliquer que si le TBI trouve lui-même application. Or, comme précédemment indiqué, l'article 12 prévoit une condition d'application *ratione temporis* du TBI. Si elle n'est pas remplie, le TBI dans son ensemble ne s'applique pas, ce qui conduit par voie de conséquence à l'inapplicabilité de l'offre d'arbitrage stipulée à son article 9.

De surcroît, l'offre d'arbitrage est faite à certaines conditions car, comme l'a indiqué le Professeur Boucobza lors de son audition par la Cour le 19 novembre 2020, les États parties au TBI n'ont pas offert l'arbitrage « pour n'importe quoi »¹⁵⁷. Il est donc indispensable de savoir quels sont les litiges qui peuvent faire l'objet d'un recours à l'arbitrage. Or la détermination du domaine de l'offre d'arbitrage dépend de plusieurs conditions.

Ces conditions sont prévues par le TBI. L'article 9 en prévoit lui-même certaines, mais d'autres dispositions du Traité en font tout autant. Il en va exactement de même lorsque la convention d'arbitrage est classiquement stipulée dans le contrat

¹⁵⁵ Conclusions d'Oschadbank en date du 1^{er} février 2021, pages 38 à 49, §§ 99 à 149.

¹⁵⁶ Selon lequel « Les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent et les moyens de droit qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense. ».

¹⁵⁷ Sténotypie *verbatim* de l'audience du 19 novembre 2020 d'audition des Professeurs Yves Nouvel et Xavier Boucobza, page 42, lignes 19 à 20 (pièce FR-43).



et s'applique aux litiges découlant de celui-ci. Afin de statuer sur l'applicabilité de la clause compromissoire, les arbitres saisis doivent se référer au contrat afin de déterminer son domaine. S'agissant de l'exercice du principe compétence-compétence, il ne fait aucun doute que cette question n'est pas une question de fond.

La position simpliste d'Oschadbank selon laquelle seul l'article 9 du TBI prévoirait les conditions de l'offre d'arbitrage¹⁵⁸ ne saurait être retenue. Oschadbank soutient que soumettre l'offre d'arbitrage à la condition que l'investissement soit réalisé à compter du 1^{er} janvier 1992 aboutirait à ajouter au TBI une condition qu'il ne prévoit pas¹⁵⁹.

C'est tout le contraire. Oschadbank, en demandant que la condition de l'article 12 ne soit pas considérée au titre de l'offre d'arbitrage, sollicite en réalité la suppression d'une condition du TBI. Comme l'a indiqué le Professeur Boucobza lors de son audition, une interprétation différente priverait l'article 12 de tout effet¹⁶⁰.

Dans les deux arrêts sur lesquels Oschadbank croit pouvoir se fonder – ceux rendus dans les affaires *Garcia Armas* et *Komstroy*¹⁶¹ – la vérification de la compétence arbitrale a été conduite également au regard des définitions d'investissement et d'investisseur prévues dans d'autres stipulations du traité que la clause d'arbitrage. Cela montre bien que, pour qu'elle soit pertinente quant à l'examen de la compétence, il suffit que la condition d'application soit prévue par le traité même si elle n'est pas formellement incluse dans la clause contenant l'offre d'arbitrage. Tel est bel et bien le cas de l'article 12 du TBI, si bien que la Fédération de Russie n'invite nullement la Cour de céans « à ajouter une condition de compétence non prévue par le Traité », comme erronément soutenu par Oschadbank¹⁶². L'article 12 du TBI participe donc à la délimitation du domaine de l'offre d'arbitrage.

L'acceptation par l'investisseur ne doit en rien changer l'offre d'arbitrage. C'est pourtant bien ce qu'a tenté de faire Oschadbank en l'espèce : elle a introduit une procédure d'arbitrage pour une hypothèse non visée par le TBI et donc par l'offre, c'est-à-dire pour un investissement réalisé avant le 1^{er} janvier 1992.

Oschadbank prétend enfin que dès lors que le TBI est en vigueur – en l'espèce depuis le 27 janvier 2000 – l'offre d'arbitrage s'applique à tous les investissements

¹⁵⁸ Conclusions d'Oschadbank en date du 1^{er} février 2021, § 111 et § 142.

¹⁵⁹ Conclusions d'Oschadbank en date du 1^{er} février 2021, § 116.

¹⁶⁰ Sténotypie *verbatim* de l'audience du 19 novembre 2020 d'audition des Professeurs Yves Nouvel et Xavier Boucobza, page 42, lignes 18 (**pièce FR-43**).

¹⁶¹ Conclusions d'Oschadbank en date du 1^{er} février 2021, §102 et § 145.

¹⁶² Conclusions d'Oschadbank en date du 1^{er} février 2021, § 145.



existants, quelle que soit la date de leur réalisation. En d'autres termes, Oschadbank soutient que l'offre d'arbitrage ne peut se cantonner aux investissements réalisés à compter du 1^{er} janvier 1992 (comme le prévoit pourtant l'article 12) et que seul compte l'article 14.1 du TBI, la disposition qui régit son entrée en vigueur intervenue en 2000¹⁶³.

Pourtant, la seule entrée en vigueur du Traité ne suffit pas à entraîner l'application de l'offre d'arbitrage. Celle-ci étant circonscrite par des conditions précises, elle ne saurait concerner tous les litiges. Comme l'a indiqué le Professeur Boucobza :

« Me Ph. Pinsolle.- Pardonnez-moi mais il me semble qu'on était d'accord pour dire que l'offre d'arbitrer était applicable depuis 2000. Non ?

M. le Pr X. Boucobza.- Oui, elle est applicable précisément à un certain nombre de situations qui sont visées, comme je vous l'ai dit, par l'article 12, c'est-à-dire pour les investissements réalisés à compter du 1er janvier [1992]. Comment, sinon, voulez-vous interpréter l'article 12 ? Vous le privez de tout effet. L'offre d'arbitrage, elle n'est pas absolue : ce n'est pas « j'offre l'arbitrage » pour n'importe quoi.

Prenons l'exemple d'un investisseur français qui veut investir en Russie. Peut-il invoquer l'article 9 ? Non. Pourquoi ne peut-il pas invoquer l'article 9 ? Parce que précisément ce n'est pas un investissement ukrainien en Russie.

Eh bien exactement de la même manière, puisque l'investissement ou si l'investissement n'a pas été réalisé à compter du 1er janvier 1992, il n'y a pas d'offre d'arbitrage qui vaut pour cet investissement-là : la protection ne joue pas.

M. le Président.- La question était : « Mais vous nous avez indiqué que l'offre d'arbitrage était entrée en vigueur à compter du 27 janvier 2000 ? ».

La réponse est : « Oui, oui, mais l'offre d'arbitrage n'est pas applicable hors les conditions prévues à l'article 12, c'est-à-dire aux investissements réalisés à compter du 1er janvier 1992 »¹⁶⁴.



Lors de son audition, le Professeur Boucobza a précisé :

¹⁶³ Conclusions d'Oschadbank en date du 1^{er} février 2021, § 138 et 144.

¹⁶⁴ Sténotypie *verbatim* de l'audience du 19 novembre 2020 d'audition des Professeurs Yves Nouvel et Xavier Boucobza, page 42, lignes 13 à 31 (pièce FR-43).

M. le Pr X. Boucobza.- Pour rajouter un point là-dessus : la protection juridictionnelle, l'offre d'arbitrage, c'est une protection de droit des investissements. C'est une protection dite procédurale, c'est une protection. Elle n'est pas, à nouveau, applicable de manière générale : elle n'est applicable que si le Traité de protection est lui-même applicable. »¹⁶⁵

Un TBI confère en effet deux sortes de protections aux investisseurs : une protection substantielle (ex. : garanties contre l'expropriation, promesse de traitement juste et équitable, etc.) et une protection juridictionnelle (possibilité de recours à l'arbitrage). Considérer que l'article 12 du TBI ne délimite que le domaine de la protection substantielle, mais non pas la protection juridictionnelle, est totalement artificiel et aucune stipulation du TBI ne suggère qu'il convient de traiter différemment les protections offertes par le Traité (*ubi lex*).

Enfin, même si on devait considérer, par impossible, que la condition posée par l'article 12 du TBI relève d'une question de fond et ne concerne pas la compétence, c'est encore à tort qu'Oschadbank affirme que la condition de l'article 12 du TBI « échappe » au contrôle du juge de l'annulation¹⁶⁶. Oschadbank ayant caché aux arbitres que son prétendu investissement a été réalisé avant le 1^{er} janvier 1992, elle a commis une fraude procédurale, ce qui donne prise à un contrôle par la Cour de céans au titre de l'ordre public international, ainsi que cela sera exposé plus loin¹⁶⁷.

188. Il en résulte que le TBI est inapplicable car le prétendu investissement d'Oschadbank a été réalisé avant le 1^{er} janvier 1992. Le TBI se trouve en l'espèce aussi territorialement inapplicable, car il ne peut pas s'appliquer à des territoires non mutuellement reconnus par les Etats Parties au TBI, ce qui est le cas de la Crimée.



¹⁶⁵ Sténotypie *verbatim* de l'audience du 19 novembre 2020 d'audition des Professeurs Yves Nouvel et Xavier Boucobza, page 43, lignes 1 à 5 (pièce FR-43).

¹⁶⁶ Conclusions d'Oschadbank en date du 1^{er} février 2021, §§ 147-149.

¹⁶⁷ V. *infra*, §§ 355-377.

§2. – Le TBI n'est pas applicable territorialement à la Crimée (compétence *ratione loci*)

189. Oschadbank affirme qu'en vertu de l'article 1(4) du TBI les « *actifs criméens d'Oschadbank sont investis sur le territoire de la Russie depuis mars 2014* »¹⁶⁸. Oschadbank affirme en même temps que la Crimée ne fait pas partie du territoire de la Fédération de Russie, puisque la situation actuelle est la conséquence de ce qu'elle qualifie d'annexion illégale¹⁶⁹. L'Ukraine dans son intervention en qualité de partie non litigante adopte la même analyse¹⁷⁰. Cette approche consiste donc à soutenir qu'en général, la Crimée ne fait pas partie de la Fédération de Russie, mais que pour les besoins du TBI on doit faire comme si la Crimée était le territoire de la Fédération de Russie.

190. Dans sa notification d'arbitrage, Oschadbank a, dès le départ, indiqué vouloir fonder la compétence du tribunal arbitral sur cette fiction juridique. En effet, Oschadbank dans sa *Notice of arbitration* affirme que :

*« Oschadbank considers Russia's actions in respect of Crimea wholly illegal under Ukrainian and international law, and rejects entirely the grounds, legal or otherwise, on which Russia purports to have annexed Crimea and proclaimed it to be part of its sovereign territory »*¹⁷¹.

et que :

*« without prejudice to the Claimant's [Oschadbank] stated position that Russia's purported annexation of Crimea violated Ukrainian and international law, the Claimant's investments must be treated **as if** they were located in Russian territory for purposes of the Treaty [TBI] [...] »*¹⁷². (*souligné et surligné par nous*)

191. En définitive selon Oschadbank, la Crimée n'est pas territoire de la Fédération de Russie, mais il faudrait faire comme si c'était le cas afin d'appliquer le TBI.

192. Comme cela résulte clairement des écrits d'Oschadbank, l'appartenance territoriale de la Crimée (à la Fédération de Russie ou à l'Ukraine) est contestée entre les Etats parties au TBI. Or cette contestation est déterminante de l'applicabilité même du TBI qui ne s'applique qu'aux investissements réalisés par

¹⁶⁸ Conclusions d'Oschadbank en date du 15 décembre 2020, p. 37.

¹⁶⁹ Conclusions d'Oschadbank en date du 15 décembre 2020, *passim*.

¹⁷⁰ Submission of Ukraine as non-disputing party, 29 novembre 2016 (pièce FR-2).

¹⁷¹ Oschadbank Notice of arbitration en date du 18 janvier 2016, § 16 (pièce FR-2).

¹⁷² *Ibid.* §18.



les investisseurs d'un État contractant sur le *territoire* de l'autre État contractant, le TBI définissant le Territoire comme étant le territoire de l'Ukraine ou le territoire de la Fédération de Russie (article 1(4) TBI) : « *The term "territory" means the territory of Ukraine or the territory of the Russian Federation, as well as their respective exclusive economic zone and continental shelf, as determined in conformity with international law* ».

193. Si le TBI dans toutes ses dispositions ne s'applique pas en ce qui concerne la Crimée, il en résulte que la protection procédurale prévue à son article 9 (l'offre d'arbitrage) ne s'applique pas non plus.

194. Il est un fait incontesté que les deux États parties au TBI sont aujourd'hui en désaccord sur le fait de savoir si la Crimée est une partie du territoire de l'Ukraine ou de la Fédération de Russie. Or, si un investissement dont il est demandé protection a été fait sur un territoire contesté par les deux États signataires du TBI, le traité ne peut pas s'y appliquer, ce qui est le cas de la Crimée, territoire sur lequel la Fédération de Russie et l'Ukraine estiment toutes les deux avoir un titre territorial et faute de réciprocité (A). L'inapplicabilité du TBI n'est susceptible de cesser que s'il est mis fin à la contestation territoriale. Cependant, le tribunal arbitral constitué sur le fondement du TBI n'a pas compétence pour trancher le différend territorial entre la Russie et l'Ukraine (B).

A. – Le TBI ne peut pas s'appliquer sur un territoire contesté par les États parties et à défaut de réciprocité

195. Pour se déclarer territorialement compétent, le tribunal arbitral a longuement discuté de la condition de Territoire au sens du TBI¹⁷³. Cependant, cette discussion n'est pas seulement obscure – par endroits même incompréhensible – elle est aussi erronée dans sa conclusion. Cette discussion est avant tout inutile parce que le tribunal s'est refusé à aborder la question préalable qui était déterminante pour savoir si le TBI pouvait trouver application à la réclamation d'Oschadbank.

196. Le tribunal arbitral s'est en effet limité à rejeter péremptoirement l'objection de non application du TBI sur un territoire contesté de Crimée, sans la moindre motivation, ni encore moins démonstration :

*« The Tribunal does not accept that the Crimean Peninsula is no longer covered by the Treaty as a result of the dispute between the Respondent and Ukraine as to which State has de jure sovereignty over the region »*¹⁷⁴.

197. Comme l'indique le Professeur Yves Nouvel, consulté par la Fédération de Russie, il s'agissait pourtant de la question fondamentale¹⁷⁵. La contestation du titre



¹⁷³ Sentence §§ 196-219.

¹⁷⁴ Sentence, § 197.

¹⁷⁵ Consultation du Professeur Yves Nouvel en date du 29 juin 2020, §§ 20-21 (pièce FR-33).

sur le territoire rend le TBI inapplicable en ce qui concerne la Crimée (1). Le TBI est d'autant plus inapplicable que la condition de réciprocité fait défaut, l'Ukraine refusant de voir dans les investissements en provenance de la Crimée des investissements russes et comme tels protégés par le TBI (2).

1. – Le TBI est inapplicable en ce qui concerne la Crimée, territoire non mutuellement reconnu

198. Dès lors que les deux États parties au TBI n'ont pas (ou plus) la même position quant à l'appartenance d'une zone territoriale à l'un ou l'autre État, le TBI ne saurait être applicable à l'égard du territoire non mutuellement reconnu.

199. Il en va ainsi dans le cas, comme en l'espèce celui de la Crimée, dans lequel les deux États prétendent avoir un titre sur la même zone territoriale. La Fédération de Russie considère avoir acquis un titre territorial valable au sens du droit international. En revanche, comme le confirme Oschadbank dans ses conclusions¹⁷⁶, « l'Ukraine ne reconnaît pas l'autorité de la Russie sur la Crimée ».

200. Il en découle que l'accord sur le statut territorial de la Crimée qui existait lors de la conclusion du TBI en 1998 – quand il n'était pas discuté que la Crimée faisait partie de l'Ukraine – n'existe plus entre les États contractants.

201. Le TBI ne peut trouver application sur un territoire non mutuellement reconnu. Cette conclusion est celle du Professeur Yves Nouvel au terme de sa consultation :

« Le TBI conclu entre la Fédération de Russie et l'Ukraine a vocation à ne s'appliquer qu'à l'égard du territoire de l'un des États parties reconnu comme tel par l'autre Partie, ce qui exclut que la Crimée puisse entrer dans la sphère d'application de cet Accord en raison du désaccord des Parties sur son statut territorial »¹⁷⁷.

202. L'inapplicabilité du TBI à l'égard de la Crimée tient tout d'abord à l'interprétation des termes même du TBI car la plupart de ses dispositions fait référence à une condition territoriale par nature non contestée et mutuellement reconnue par les États parties¹⁷⁸. Tel est le cas par exemple de la définition même d'investissement qui retient comme élément essentiel l'investissement d'actifs par l'investisseur d'un État contractant « sur le territoire de l'autre État contractant en conformité avec ses lois »¹⁷⁹.



¹⁷⁶ Note de bas de page 108.

¹⁷⁷ Consultation du Professeur Yves Nouvel en date du 29 juin 2020, § 61 (pièce FR-33).

¹⁷⁸ Consultation du Professeur Yves Nouvel en date du 29 juin 2020, §§ 14 et s. (pièce FR-33).

¹⁷⁹ Article 1(1) du TBI.

203. Le Professeur Yves Nouvel a expliqué au cours de l'audience du 19 novembre 2020 devant la Cour de céans que le TBI ne peut s'appliquer que sur un territoire non contesté entre les Etats parties :

« [I]l y a nécessairement une distribution consensuelle des espaces. Autrement dit, le Traité c'est un regard commun sur les choses qu'il incorpore. Si je dis « territoire de la Fédération de Russie », je ne dis pas « territoire relevant de la souveraineté russe ou sous le contrôle russe, aux yeux de la Russie » mais je dis « aux yeux de la Russie mais vu comme tel par l'Ukraine. »

Cette dimension consensuelle, elle apparaît dès la définition qui vous est donnée à l'article 1(4).

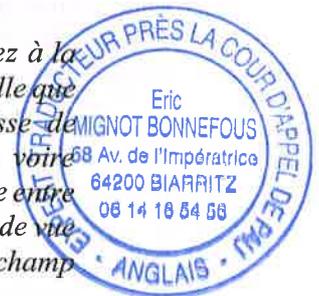
Mais elle est aussi présente dans une série de termes qui, me semble-t-il, sont très révélateurs dans le Traité. »¹⁸⁰

204. Ailleurs dans le TBI, on retrouve le rappel de cette nécessité de « distribution consensuelle des espaces ». Il en va ainsi de la définition d'investisseur qui est « la personne morale enregistrée dans l'un des États contractants dotée de la capacité d'effectuer des investissements dans le territoire de l'autre État contractant »¹⁸¹.

205. Ensuite, plusieurs dispositions matérielles du TBI décrivent les obligations des États relatives au traitement des investissements étrangers en liant explicitement ces obligations au territoire appartenant audit État par l'utilisation du possessif « son territoire »¹⁸².

206. Le Professeur Nouvel a indiqué que selon lui :

« [A]u bout de cet examen d'interprétation, vous arriverez à la conclusion que le territoire de la Fédération de Russie, quelle que soit sa compréhension précise, c'est-à-dire qu'il s'agisse de souveraineté, de juridiction territoriale, extraterritoriale, voire de contrôle, est nécessairement une chose qui est en partage entre les Parties. Dès lors qu'il y a discordance de vues, rupture de vue commune sur ce qu'est le territoire, on sort du champ d'application territorial du Traité. »¹⁸³



¹⁸⁰ Sténotypie *verbatim* de l'audience du 19 novembre 2020 d'audition des Professeurs Yves Nouvel et Xavier Boucobza, page 7, lignes 15 à 24 (pièce FR-43).

¹⁸¹ Article 1(2) du TBI.

¹⁸² Consultation du Professeur Yves Nouvel en date du 29 juin 2020, §§ 29 et s., se référant aux articles 2, 3 et 4 du TBI qui emploient l'expression « in its territory » (pièce FR-33).

¹⁸³ Sténotypie *verbatim* de l'audience du 19 novembre 2020 d'audition des Professeurs Yves Nouvel et Xavier Boucobza, page 8, lignes 10 à 16 (pièce FR-43).

207. Outre les termes mêmes du TBI, le mécanisme de ce dernier ne saurait fonctionner dans l'hypothèse où le prétendu investissement a été réalisé dans une zone territoriale sur laquelle les deux États contractants prétendent avoir un titre valable, comme en l'espèce la Crimée¹⁸⁴. Pour cette raison, le Professeur Yves Nouvel démontre que :

« Dans une zone de souveraineté non mutuellement acceptée, le nexus territorial requis par tout le Traité devient impossible à établir. En effet, si le Tribunal a le pouvoir de déterminer la position de l'investissement dans une aire géographique, il n'a pas le pouvoir de déterminer l'appartenance de cette aire géographique à l'une des Parties contractantes »¹⁸⁵.

208. Si on admettait l'applicabilité du TBI à une zone territoriale non mutuellement reconnue, ainsi que le tribunal arbitral l'a fait, cela pourrait aboutir à des résultats absurdes¹⁸⁶.

209. L'inapplicabilité du TBI se remarque par exemple par le dysfonctionnement de la condition de conformité de l'investissement au droit de l'État hôte posée par l'article 1(1) du TBI. Celle-ci se trouve simplement impossible à mettre en œuvre dans un territoire où les deux États contractants ont des prétentions concurrentes, comme la Crimée, et considèrent que leur législation nationale est applicable.

210. Ce seul exemple, tiré des conditions d'admission d'un investissement, suffit à démontrer que le TBI ne peut fonctionner sur un territoire non mutuellement reconnu.

211. Le tableau ci-dessous illustre pourquoi le TBI continue à trouver application pour les investissements réalisés sur des zones territoriales non contestées, mais ne trouve plus application concernant les investissements réalisés sur des zones territoriales contestées ou en provenance d'elles.



¹⁸⁴ Sur le dysfonctionnement du TBI s'il était appliqué à des zones territoriales non mutuellement reconnues, v. Sténotypie *verbatim* de l'audience du 19 novembre 2020 d'audition des Professeurs Yves Nouvel et Xavier Boucobza, page 8, lignes 17 et s. (pièce FR-43).

¹⁸⁵ Consultation du Professeur Yves Nouvel en date du 29 juin 2020, § 35 (pièce FR-33).

¹⁸⁶ Consultation du Professeur Yves Nouvel en date du 29 juin 2020, § 36 (pièce FR-33).

Application territoriale du TBI		
Flux de l'investissement	Solution	Commentaire
Investissements depuis la Russie vers l'Ukraine (Crimée exclue)	Applicabilité du TBI	Concerne des zones de territoire mutuellement reconnues
Investissement depuis l'Ukraine vers le Russie (Crimée exclue)	Applicabilité du TBI	Concerne des zones de territoire mutuellement reconnues
Investissement depuis l'Ukraine vers la Crimée	Inapplicabilité du TBI	Territoire de Crimée non mutuellement reconnue. Situation du prétendu investissement d'Oschadbank
Investissement depuis la Crimée vers l'Ukraine	Inapplicabilité du TBI	Territoire de Crimée contesté. L'Ukraine refuse de considérer que la Crimée est le territoire appartenant à la Fédération de Russie.
Investissement depuis la Russie vers la Crimée	Inapplicabilité du TBI	La Russie considère que la Crimée est territoire Russe (investissement interne)
Investissement depuis la Crimée vers la Russie	Inapplicabilité du TBI	La Russie considère que la Crimée est territoire Russe (investissement interne)

212. Il ressort de ce tableau que tout investissement en provenance et à destination de la Crimée, territoire contesté, ne saurait donner prise à la protection offerte par le TBI, faute d'application de celui-ci.

213. Cette exigence de territoire non contesté et mutuellement reconnu pour que le TBI puisse s'appliquer ne relève pas d'une règle générale de droit international public, mais est spécifique à la rédaction du traité international en cause et à sa nature. Au cours de son audition devant la Cour, le Professeur Yves Nouvel l'a clairement affirmé et a indiqué qu'il existait des traités internationaux d'une nature différente que les traités bilatéraux de protection des investissements et qui peuvent s'appliquer sur des zones territoriales contestées, comme les traités portant protection des Droits de l'homme. Le tribunal arbitral a refusé de regarder l'objet spécifique du TBI, sa structure et surtout ses termes et par une « pétition de principe » a refusé, sans motivation aucune, de vérifier si le différend territorial



entre les deux Etats parties au TBI rendait celui-ci inapplicable concernant la Crimée¹⁸⁷.

214. A la démonstration du Professeur Nouvel selon laquelle le TBI est inapplicable concernant la Crimée en raison du différend territorial entre les Etats contractants, Oschadbank n'apporte aucune contradiction convaincante.

215. D'abord, il sera observé, qu'elle ne verse aux débats aucun rapport d'un expert de droit international public qui contesterait la démonstration et les conclusions du Professeur Nouvel. Cela est particulièrement remarquable dès lors qu'Oschadbank ne s'était pas privée de produire devant le tribunal arbitral la consultation de Malcom Shaw¹⁸⁸, professeur de droit international public, laquelle sur plus de 50 pages traitait, bien que de façon erronée, de la définition du territoire, mais omettait surtout d'aborder la question préalable essentielle du différend territorial concernant la Crimée.

216. Ensuite, Oschadbank affirme que « *de manière générale, un traité ne cesse pas de s'appliquer sur un territoire en raison de divergences de vue sur l'appartenance territoriale de la celui-ci* »¹⁸⁹. En définitive, Oschadbank ne conteste pas le fait qu'un différend territorial puisse être de nature à rendre inapplicable un traité s'agissant du territoire contesté mais se borne simplement à réfuter la portée générale d'un tel principe. Or, ni la Fédération de Russie, ni le Professeur Nouvel n'ont exprimé de position « *de manière générale* », mais sont de l'avis que le différend territorial rend inapplicable à la Crimée le TBI en particulier, pas n'importe quel traité international. L'affirmation d'Oschadbank et l'ensemble des précédents qu'elle cite¹⁹⁰ au soutien de cette affirmation générale, qui sont relatifs à des traités distincts du TBI et ont ainsi pu statuer sur des différends en présence d'un différend territorial, sont ici complètement hors sujet.

217. La Fédération de Russie n'a jamais contesté qu'il soit possible que des traités internationaux puissent trouver application en présence d'un différend territorial entre les deux Etats contractants, certains ont d'ailleurs pour objet même d'introduire un régime juridique *ad hoc* à une zone territoriale non mutuellement reconnue¹⁹¹, mais cela ne démontre nullement que le TBI en particulier est



¹⁸⁷ Sténotypie *verbatim* de l'audience du 19 novembre 2020 d'audition des Professeurs Yves Nouvel et Xavier Boucobza, page 16, ligne 6 à page 17 ligne 24. (**pièce FR-43**).

¹⁸⁸ **Pièce FR-2**, Expert Opinion of Professor Malcom N Shaw QC en date du 24 Août 2016.

¹⁸⁹ Conclusions d'Oschadbank en date du 15 décembre 2020, § 114.

¹⁹⁰ Conclusions d'Oschadbank en date du 15 décembre 2020, §§ 115 et s.

¹⁹¹ Tel est le cas du traité international objet du différend qui a donné lieu à la sentence arbitrale en date du 18 février 2013 rendue dans le différend entre l'Inde et le Pakistan qu'Oschadbank croit à tort pouvoir citer au soutien de sa position (**pièce Oschadbank RJ-41**, affaire CPA n° 2011-1, *Indus Waters Kishenganga Arbitration (Pakistan c/ Inde)*, Sentence Partielle du 18 février 2013). Le tribunal arbitral a précisément considéré que le traité international (le traité des eaux de l'Indus de

applicable à une zone territoriale non mutuellement reconnue. En d'autres termes, ce n'est pas parce que dans certains cas, un traité international demeure applicable en présence d'un différend territorial entre les Etats contractants, qu'il en va toujours ainsi. Oschadbank ne soutient d'ailleurs pas le contraire : à aucun moment elle ne conteste qu'un différend territorial est susceptible, selon le traité concerné, de rendre celui-ci inapplicable. C'est précisément ce que le Professeur Nouvel a démontré : il n'y a pas de règle générale, il faut procéder à l'analyse en fonction du traité en question et le TBI ne peut trouver application sur une zone territoriale non mutuellement reconnue. Sur ce point, les écritures d'Oschadbank n'apportent aucun élément qui contredit la démonstration du Professeur Yves Nouvel.

218. Enfin, l'ultime argument d'Oschadbank est de nature purement procédurale et n'aborde pas la question posée. Selon Oschadbank, la Fédération de Russie aurait admis que « *le TBI serait applicable malgré l'existence d'un différend entre les parties sur la souveraineté de la Crimée* »¹⁹². Au soutien de cette affirmation, Oschadbank cite, en les tronquant, des extraits des écritures dans la présente instance, en omettant de préciser qu'ils ont été rédigés « *en admettant les autres conditions d'application du TBI réunies, ce qui n'est pas le cas* »¹⁹³. Oschadbank affirme également que « *même la Russie elle-même a admis devant le Tribunal Fédéral suisse qu'il n'était pas nécessaire de juger de l'admissibilité de l'intégration de la Crimée et de la légalité des revendications territoriales pour appliquer l'article 9 du TBI* »¹⁹⁴. Pourtant, il suffit de reprendre le passage de l'arrêt du Tribunal Fédéral suisse cité pour remarquer qu'il n'est nullement indiqué que la Fédération de Russie aurait « admis » quoi que ce soit, mais seulement qu'elle n'a « pas nié ». Surtout, la Fédération de Russie n'a pas changé de position, ce qu'elle aurait pu faire au demeurant : la Fédération de Russie considère inlassablement qu'il n'était pas nécessaire de trancher au préalable le différend territorial pour que le tribunal arbitral se déclare incompétent. Pour cela, il aurait suffi de constater l'existence du différend, ce que le tribunal arbitral n'a pas fait et c'est bien en cela que la sentence encourt l'annulation.

219. Le défaut de réciprocité rend de plus fort le TBI inapplicable concernant la Crimée.

1960) était applicable malgré le différend territorial entre les Etats contractants dès lors que son objet même était de régir l'utilisation des eaux du fleuve en raison dudit différend territorial : « *The Treaty was negotiated and concluded amid difficulties in the relations between India and Pakistan. One of the most profound and sensitive issues between the Parties was (and remains) the question of sovereignty over Jammu and Kashmir. While negotiating the Treaty, the danger that unresolved questions of sovereignty could stand in the way of agreement on the allocation of the waters of the Indus river system was plain to the representatives of the World Bank and the Parties, who clearly sought to craft the Treaty so as to avoid those difficulties* » (sentence précitée § 360).

¹⁹² Conclusions d'Oschadbank en date du 15 décembre 2020, § 113.

¹⁹³ V. notamment les premières conclusions de la Fédération de Russie en date du 18 juillet 2019, § 106.

¹⁹⁴ Conclusions d'Oschadbank en date du 15 décembre 2020, § 126.



2. – L'inapplicabilité du TBI en raison du défaut de réciprocité en ce qui concerne la Crimée

220. En admettant même que techniquement le TBI puisse fonctionner à l'égard de zones territoriales comme la Crimée, ce qui n'est pas le cas, l'application du TBI dans une telle situation est impossible en raison de l'absence d'application réciproque en ce qui concerne la Crimée ainsi que l'a expliqué le Professeur Yves Nouvel lors de son audition devant la Cour le 19 novembre :

« M. le Président.- Dernière petite question, et j'en terminerai par là pour la Cour. En quoi est-ce que, s'agissant de ce motif d'inapplicabilité, donc ce défaut de réciprocité, celui-ci serait susceptible de rendre inapplicable la convention d'arbitrage insérée dans ce Traité, et donc la compétence du Tribunal arbitral ? Il y a deux questions, finalement : l'application du Traité et la question des modalités de règlement des différends liées à ce Traité. En quoi cette inapplicabilité due au défaut de réciprocité entraîne-t-elle une inapplicabilité de la convention d'arbitrage insérée dans ce Traité ?

M. le Pr Y. Nouvel.- Je n'ai plus le passage de ma consultation mais je cite, à un moment un arbitre, Sir Franklin Berman, qui prend une affaire qui concerne le Pérou et un autre État (« Industria Nacional de Alimentos, S.A. [anciennement Empresas Lucchetti] and Indalsa Perú, S.A. [anciennement Lucchetti Perú] v. The Republic of Peru, aff. CIRDI n°ARB/03/4 »). Il a cette formule, il dit, je cite :

« Le Pérou n'a pas accepté l'arbitrage dans une plus large mesure que l'autre Partie au TBI ».

Eh bien, c'est cette formule-là qui est à prendre en considération, en l'espèce : la Fédération de Russie n'a pas accepté l'arbitrage dans une plus large mesure que l'Ukraine. Quand l'Ukraine dit « Il ne peut pas y avoir d'application de mon offre d'arbitrage à des investissements qui proviendraient de Crimée », il ne peut pas y avoir, par réciprocité stricte, d'offre d'arbitrage qui soit émise par la Fédération de Russie au bénéfice d'investissements ukrainiens en Crimée.

En clair, l'offre d'arbitrage obéit au même principe de symétrie stricte et la législation ukrainienne a donc cantonné l'offre d'arbitrage sans l'appliquer à la Crimée. Il n'est pas possible de l'appliquer à la Crimée au vu cette absence de réciprocité.

M. le Président.- Merci bien.

La réponse synthétique est : « Fédération de Russie ne peut pas accepter l'arbitrage dans une plus large mesure que l'Ukraine en



raison de ce principe de réciprocité. L'offre d'arbitrage obéit au même principe de symétrie stricte évoqué plus haut. »¹⁹⁵

221. En effet, il ne fait pas de doute que le TBI, comme tout traité bilatéral relatif aux investissements, a pour objet la création de droits et d'obligations relatifs à la protection de l'investissement ayant un caractère réciproque¹⁹⁶. De par sa nature même, le TBI est un traité bilatéral comportant des obligations réciproques entre les parties. Il suffit pour s'en apercevoir de se référer au préambule du TBI qui indique expressément :

«The Cabinet of Ministers of Ukraine and the Government of the Russian Federation, hereinafter referred to as the Contracting Parties,

developing the basic provisions of the Agreement on Cooperation in the Sphere of Investment Activity dated 24 December 1993,

having an intention to create and maintain favorable conditions for reciprocal investments,

desiring to create favorable conditions for the promotion of economic cooperation between the Contracting Parties,

have agreed on the following: [...] ». (surligné par nous)

222. Or, ces objet et but du TBI ne peuvent être réalisés au sujet d'un territoire non mutuellement reconnu. Comment en effet peut-on « *promouvoir une coopération économique* » ou stimuler des « *investissements réciproques* » sur un territoire sur lequel à la fois la Fédération de Russie et l'Ukraine prétendent toutes les deux avoir un titre territorial ? Il ne saurait y avoir de réciprocité que concernant des territoires mutuellement reconnus.

223. L'analyse de l'objet des obligations assumées par la Fédération de Russie et par l'Ukraine aux termes du TBI montre aussi leur réciprocité consubstantielle au Traité, faute de quoi son application n'est pas justifiée. L'ensemble des engagements souscrits sont symétriques : la Fédération de Russie promet la protection des investissements ukrainiens en Fédération de Russie et l'Ukraine promet la protection des investissements russes en Ukraine¹⁹⁷.

224. Une telle réciprocité ne peut pas être mise en œuvre pour les territoires, à l'instar de la Crimée, dont la souveraineté est contestée entre les États contractants. En effet, l'Ukraine ne garantit pas la protection du TBI à des investissements en Ukraine en provenance de Crimée car la Crimée est considérée par l'Ukraine

¹⁹⁵ Sténotypie *verbatim* de l'audience du 19 novembre 2020 d'audition des Professeurs Yves Nouvel et Xavier Boucobza, page 14, ligne 14 à page 15 ligne 9. (pièce FR-43).

¹⁹⁶ Consultation du Professeur Yves Nouvel en date du 29 juin 2020, §§ 41 et s (pièce FR-33).

¹⁹⁷ Consultation du Professeur Yves Nouvel en date du 29 juin 2020, spéc. §§ 48-49 (pièce FR-33).



territoire ukrainien sur lequel s'appliquent les lois ukrainiennes¹⁹⁸. Cette circonstance fait que la réciprocité sur laquelle se base le TBI serait bafouée si le TBI s'appliquait à des investissements réalisés en Crimée en provenance d'Ukraine.

225. D'ailleurs, Oschadbank ne conteste pas l'exigence d'application réciproque du TBI ni n'affirme que l'Ukraine applique réciproquement le traité. Elle indique seulement que l'argument de la Fédération de Russie et éclairé par le Professeur Yves Nouvel « est fondé sur le fait que l'Ukraine aurait promulgué une loi qui énonce qu'une entreprise russe établie en Crimée ne serait pas reconnue par l'Etat d'Ukraine », que « cette loi ne visant pas les obligations internationales de l'Ukraine, l'argument est purement spéculatif »¹⁹⁹ et qu'un « Etat ne peut pas s'abriter derrière sa loi nationale pour se soustraire à ses obligations internationales »²⁰⁰.

226. Pourtant, contrairement à ce qu'affirme Oschadbank, la position ukrainienne produit un effet. Naturellement, il ne s'agit pas pour la Fédération de Russie de « s'abriter derrière sa loi nationale pour se soustraire à ses obligations internationales au sens de l'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités »²⁰¹, la Fédération de Russie n'invoquant pas son propre droit interne mais la loi de l'Ukraine. Surtout, encore une fois, Oschadbank fait semblant de ne pas comprendre l'argument de la Fédération de Russie. Comme l'a rappelé le Professeur Nouvel, le droit interne ukrainien n'est pas le fondement d'une exception d'inexécution, mais atteste du fait que l'Ukraine considère, elle aussi, que le TBI n'est pas applicable relativement à la Crimée :

« M. le Pr Y. Nouvel.- La loi ukrainienne tire les conséquences de l'inapplicabilité du Traité, telle que je l'ai développée dans la première partie, c'est-à-dire sur la question de la divergence de vues. Elle est une conduite subséquente des Parties qui peut être interprétée pour fixer le sens du Traité. C'est l'application concrète. D'ailleurs, ils n'ont pas estimé être liés par cet accord. La conduite postérieure de l'Ukraine, elle est pertinente pour apprécier la compétence. Elle traduit que, au sens de leur



¹⁹⁸ V. par ex. Law of Ukraine No 1207-VII of 15 April 2014 On Securing the Rights and Freedoms of Citizens and the Legal Regime on the Temporarily Occupied Territory of Ukraine (**pièce FR-2**, pièce CE-157 dans l'arbitrage) laquelle prévoit à son article 1 « *The temporarily occupied territory of Ukraine (here and after – temporarily occupied territory) is an integral part of the territory of Ukraine. The application of the Constitution and the laws of Ukraine shall extend to such territory* » et à son article 3 « *For the purposes of this Law, the temporarily occupied territory of Ukraine shall be defined as follows: 1) The land territory of the Autonomous Republic of Crimea and of the city of Sevastopol and the inland waters of Ukraine adjacent to these territories [...]* ».

¹⁹⁹ Conclusions d'Oschadbank en date du 15 décembre 2020, §§ 131-132.

²⁰⁰ Conclusions d'Oschadbank en date du 15 décembre 2020, § 134.

²⁰¹ Conclusions d'Oschadbank en date du 15 décembre 2020, § 134.

analyse, concrète, effective : « L'application à la Crimée, c'est fini. Sauf pour mes investisseurs. »

***M. le Président.**- La réponse est : « La loi ukrainienne tire les conséquences de l'inapplicabilité du Traité et cette conduite postérieure à sa pertinence dans l'interprétation du Traité »²⁰².*

227. Cette situation est distincte d'une hypothèse d'exception d'inexécution. Il n'en demeure pas moins que la réciprocité sur laquelle se base le TBI serait bafouée si on l'appliquait à des investissements réalisés en Crimée en provenance d'Ukraine. C'est précisément ce qu'a indiqué le Professeur Yves Nouvel au cours de son audition :

*« **M. le Président.**- Le deuxième argument que vous avancez consiste à dire que le TBI ne peut s'appliquer faute de respect possible de la condition de réciprocité inhérente au Traité sur ce même territoire : c'est ici le droit, pour une Partie au Traité, de dénier son application à laquelle vous faites allusion, j'imagine, du fait du non-respect allégué de ses obligations par l'autre Partie contractante. Est-ce bien cela ?*

Là, on rentre sur le fond du...

***M. le Pr Y. Nouvel.**- Pas exactement. Ce n'est pas l'exception d'inexécution qui est mise en avant.*

***M. le Président.**- C'était ma question. Est-ce le fond ou pas ?*

***M. le Pr Y. Nouvel.**- Ce n'est pas l'exception d'inexécution. Ce qui est visé, là, c'est la symétrie parfaite des obligations. Pour ce qui vous préoccupe, s'il n'y a pas d'offre d'arbitrage d'un côté, autrement dit pour des investissements qui proviendraient de la Crimée vers l'Ukraine, il y a nécessairement, par miroir, parce que la réciprocité a été organisée comme telle dans le Traité, pas d'offre. Ce n'est donc pas un manquement ni une inexécution, c'est simplement une inapplication qui fait qu'au même moment où l'Ukraine cesse d'appliquer et constate l'inapplicabilité que j'ai évoquée, l'obligation cesse de l'autre côté.*

***M. le Président.**- La réponse est donc : « Ce qui est visé, ce n'est pas une question d'exception d'inexécution, c'est une question de symétrie parfaite du respect des obligations ».*



²⁰² Sténotypie verbatim de l'audience du 19 novembre 2020 d'audition des Professeurs Yves Nouvel et Xavier Boucobza, page 19, lignes 20 à 30 (pièce FR-43).

M. le Pr Y. Nouvel.- C'est cela. »²⁰³

228. L'application réciproque des traités internationaux est une règle fondamentale de leur fonctionnement en droit international²⁰⁴. La réciprocité dans l'application des traités internationaux est également un principe fondamental reconnu par le droit français. Ainsi, l'exigence de réciprocité est inscrite à l'article 55 de la Constitution française, lequel dispose qu'un traité international qui ne fait pas l'objet d'une application réciproque est dépourvu d'autorité juridique en France²⁰⁵ et le Conseil d'État a décidé qu'il appartient aux juridictions (et non pas au seul pouvoir politique) de vérifier si la question d'application réciproque d'un traité international est remplie ou pas :

« Considérant qu'aux termes du 14e alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international ; qu'au nombre de ces règles figure la règle pacta sunt servanda, qui implique que tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi ; qu'aux termes de l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 : Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ; qu'il appartient au juge administratif, lorsqu'est soulevé devant lui un moyen tiré de ce qu'une décision administrative a à tort, sur le fondement de la réserve énoncée à l'article 55, soit écarté l'application de stipulations d'un traité international, soit fait application de ces stipulations, de vérifier si la condition de réciprocité est ou non remplie ; qu'à cette fin, il lui revient, dans l'exercice des pouvoirs d'instruction qui sont les siens, après avoir recueilli les observations du ministre des affaires étrangères et, le cas échéant, celles de l'Etat en cause, de soumettre ces observations au débat contradictoire, afin d'apprécier si des éléments de droit et de fait suffisamment probants au vu de l'ensemble des résultats de l'instruction sont



²⁰³ Sténotypie *verbatim* de l'audience du 19 novembre 2020 d'audition des Professeurs Yves Nouvel et Xavier Boucobza, page 13, ligne 22 à page 14 ligne 13 (**pièce FR-43**).

²⁰⁴ Consultation du Professeur Yves Nouvel en date du 29 juin 2020, §§ 55 et s, ainsi que les références citées (**pièce FR-33**).

²⁰⁵ Article 55 de la Constitution française : « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ».

de nature à établir que la condition tenant à l'application du traité par l'autre partie est, ou non, remplie »²⁰⁶.

229. La réciprocité n'est dès lors pas seulement une condition politique d'application des traités internationaux, mais également, et surtout, une condition juridique que les tribunaux, appelés à en faire application, doivent vérifier²⁰⁷. Si le tribunal arbitral avait procédé à cette vérification, il aurait conclu à l'inapplicabilité du TBI au différend opposant la Fédération de Russie à Oschadbank et, partant, à son incompétence.

230. En définitive, l'applicabilité du TBI ne s'accommode pas d'une application aux zones territoriales contestées entre les États contractants, telles que la Crimée. Le TBI ne pourrait retrouver application sur le territoire de Crimée que si le différend qui oppose les deux États contractants venait à disparaître. La contestation territoriale qui oppose la Fédération de Russie et l'Ukraine échappe toutefois au pouvoir juridictionnel d'un tribunal arbitral constitué sur le fondement du TBI. Il en résulte que le tribunal arbitral ne pouvait pas se déclarer compétent pour statuer sur la réclamation d'Oschadbank au sujet de son prétendu investissement en Crimée et son expropriation alléguée.

B. – L'incompétence du tribunal arbitral pour trancher le différend territorial sur la Crimée

231. Il a été démontré que, dès lors qu'une partie du territoire n'est pas mutuellement reconnue, le TBI ne peut trouver application concernant les investissements en provenance ou en direction de celle-ci et donc au différend opposant Oschadbank à la Fédération de Russie. Bien entendu, l'impossibilité d'application du TBI ne saurait durer que le temps de la contestation territoriale. Une fois cette contestation résolue et qu'il n'y a plus de divergence entre les États parties quant à la souveraineté territoriale, le TBI redevient applicable puisque la condition de « territoire » qui innerve tout le TBI définie à l'article 1(4) se trouve satisfaite. La contestation territoriale est donc une question préalable qui doit être tranchée avant de pouvoir statuer sur les autres questions d'application du TBI qu'elles concernent la compétence, la recevabilité ou le fond de la réclamation d'Oschadbank.

232. La question se pose alors de savoir si un tribunal arbitral constitué sur le fondement de l'article 9 du TBI, à l'instar de celui qui a rendu la sentence

²⁰⁶ CE Ass., 9 juillet 2010, *Mme Cheriet-Benseghir*, requête n° 317747 (pièce FRJ-13).

²⁰⁷ Oschadbank affirme que « en l'absence de dénonciation d'une convention il n'appartient pas aux juges de vérifier si la condition de réciprocité visée à l'article 55 de la Constitution de 1958 est remplie », conclusions d'Oschadbank en date du 15 décembre 2020, § 137 qui cite un arrêt de 1984 (Cass. civ. 1^{re}, 6 mars 1984, n° 82-14.008 pièce Oschadbank RJ-49). Cet arrêt correspond à une jurisprudence qui peut être considérée périmée depuis la condamnation de la France par la Cour européenne de droits de l'homme dans l'affaire Chevrol (CEDH, 13 févr. 2003, *Chevrol c/ France*, req. 49636/99). Sur ce point v. P. Dailler, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, 8^{ème} éd. 2009, n° 183, pp. 318-319).

Oschadbank, est compétent pour trancher la contestation territoriale qui oppose la Fédération de Russie et l'Ukraine concernant la Crimée.

233. La réponse à cette question est négative pour au moins deux raisons : l'absence de compétence matérielle et l'absence de compétence personnelle.

234. Il convient de remarquer que l'attribution de compétence matérielle du tribunal arbitral se limite à celle de trancher un différend relatif à l'investissement. En effet, l'article 9 du TBI limite la compétence à : « *Any dispute between either Contracting Party and an investor of the other Contracting Party that arises in connection with the investments [...]* ». Or, comme l'indique le Professeur Yves Nouvel, la question de la contestation territoriale sur la Crimée qui oppose la Fédération de Russie à l'Ukraine n'est évidemment pas un différend entre un État contractant et l'investisseur de l'autre État contractant en lien avec un investissement, ce dont il résulte que le tribunal arbitral n'est pas compétent pour en connaître²⁰⁸.

235. Contrairement aux autres conditions d'application du TBI, qu'elles soient *ratione personae*, *materiae* ou *temporis* et qui sont spécifiques à la personne qui se présente comme un investisseur (Oschadbank) ou à l'investissement allégué (la Succursale en Crimée)²⁰⁹, la condition de l'application territoriale transcende l'investisseur particulier (et donc le différend qui l'oppose à un État) et concerne les relations entre les États parties au TBI.

236. Bien que la question de la détermination de l'appartenance territoriale de la Crimée se pose à l'occasion du différend qui oppose la Fédération de Russie à Oschadbank à titre préalable, l'article 9 du TBI sur le fondement duquel est constitué le tribunal arbitral ne lui donne pas compétence pour trancher cette question. Cela a été confirmé par le Professeur Yves Nouvel à l'audience du 19 novembre 2020 :

« M. le Président.- La question est : « Un Tribunal arbitral international peut-il trancher les questions de souveraineté s'il en a reçu le mandat des deux États concernés ?

Donc, un accord entre les deux Parties qui dirait : « Je vous donne la compétence pour trancher ces questions de souveraineté ? »

Me Ph. Pinsolle.- Oui, ou pour trancher une question de frontières, par exemple.



²⁰⁸ Consultation du Professeur Yves Nouvel en date du 29 juin 2020, spéc. §§ 32 et 35 (pièce FR-33).

²⁰⁹ Conditions d'applications du TBI dont il sera question plus loin et dont il sera démontré qu'elles ne sont en l'espèce pas satisfaites.

M. le Pr Y. Nouvel.- Ces questions, comme d'autres d'ailleurs, supposent effectivement une attribution de la juridiction qui doit être expresse»²¹⁰.

237. C'est la solution qui a été retenue par la sentence rendue le 21 février 2020 par un tribunal arbitral qui avait été saisi par l'Ukraine, sur le fondement de l'article 287 de la Convention de Montego Bay du 10 décembre 1982 sur le droit de la mer, de réclamations sur la mer Noire, sur la mer d'Azov et sur le détroit de Kertch²¹¹. Ce tribunal s'est déclaré incompétent pour trancher la plupart des réclamations de l'Ukraine en considérant que la solution de celles-ci dépendait de la solution du différend territorial concernant la Crimée, différend que le tribunal n'était pas compétent pour trancher²¹².

238. Cette solution est en tout point transposable à la situation dans laquelle se trouvait le tribunal arbitral dans la présente affaire : C'est que, pour déterminer si la condition de territoire posée par le TBI était remplie, le tribunal arbitral aurait eu à se prononcer sur le différend territorial qui oppose la Fédération de Russie et l'Ukraine. Or le tribunal arbitral n'est pas compétent pour trancher ce différend territorial. Des lors, il ne pouvait que se déclarer incompétent pour trancher le contentieux d'investissement dont la résolution exige que le contentieux territorial soit préalablement tranché.

239. A cela s'ajoute aussi un empêchement qui tient à la compétence personnelle du tribunal arbitral. Contrairement à l'affaire ayant abouti à la sentence du 21 février 2020 précitée, l'Ukraine n'était pas partie à la procédure Oschadbank ce qui, conformément à la règle de droit international bien établie des « parties indispensables », privait le tribunal arbitral du pouvoir juridictionnel de statuer en l'absence de la participation de l'Ukraine²¹³.

240. Oschadbank ne conteste pas qu'un tribunal arbitral constitué sur le fondement de l'article 9 du TBI n'est pas compétent pour trancher un différend territorial entre la Fédération de Russie et l'Ukraine. Oschadbank considère en revanche que son litige avec la Fédération de Russie peut être tranché sans qu'il soit nécessaire de déterminer l'appartenance territoriale de la Crimée :

²¹⁰ Sténotypie *verbatim* de l'audience du 19 novembre 2020 d'audition des Professeurs Yves Nouvel et Xavier Boucobza, page 20, lignes 1 à 10 (pièce FR-43).

²¹¹ Sentence arbitrale intitulée "*Award concerning the Preliminary Objection of the Russian Federation*" en date du 21 février 2020 rendue dans l'affaire CPA 2017-06 Dispute Concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait (Ukraine v. the Russian Federation) (pièce FRJ-14).

²¹² *Ibid.* v. spéc. §§ 191-196.

²¹³ Cf. Cour internationale de Justice, arrêt du 15 juin 1954, *Affaire de l'or monétaire pris à Rome en 1943* (Italie c/ France, Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord et États-Unis d'Amérique) (pièce FRJ-15).



« En effet, un Tribunal arbitral qui n'a pas reçu mandat de trancher le différend territorial peut, en présence de différends relatifs à la souveraineté d'un territoire donné, trancher le différend dont il est saisi dès lors qu'il ne lui est pas demandé de trancher le différend territorial en question. »²¹⁴ (souligné par nous)

241. Selon Oschadbank, il suffirait donc qu'elle ne demande pas de trancher le différend territorial pour que le tribunal arbitral soit compétent. Un tel argument n'est pas sérieux et n'est nullement confirmé par les précédents qu'elle cite. Comme démontré par le Professeur Nouvel, la seule volonté du demandeur à l'arbitrage n'est pas de nature à rendre dispensable la solution du différend territorial. Tout dépend du fait objectif de savoir si la solution de ce différend est une question préalable à l'application du traité considéré, ce qui dépend du fait de savoir si celle-ci implique, même implicitement, que le différend territorial soit tranché. Comme indiqué précédemment, le TBI ne peut pas s'appliquer et fonctionner relativement à un territoire non mutuellement reconnu. La résolution du différend territorial est donc un préalable absolument indispensable à l'applicabilité du TBI et donc à la compétence du tribunal arbitral (sous réserve que l'ensemble des autres conditions d'applicabilité du TBI soient remplies, ce qui n'est pas le cas en l'espèce).

242. La Fédération de Russie ne conteste pas que dans certains cas il en aille autrement et que l'application d'un traité international ou la résolution d'un différend spécifique puisse coexister avec un différend territorial et n'exige pas que ce dernier soit tranché. Cela ne veut pas dire qu'il en va systématiquement ainsi. Dans l'affaire qui a opposé les Philippines et la Chine au sujet des droits maritimes en Mer de Chine méridionale citée par Oschadbank²¹⁵, le tribunal arbitral s'est déclaré compétent pour trancher le différend maritime en précisant que le différend territorial sur certaines îles (qu'il n'avait pas compétence pour trancher) ne devait pas être résolu au préalable car la solution de celui-ci n'aurait eu aucun impact sur l'issue du différend dont le tribunal était saisi²¹⁶. La situation n'est en rien comparable avec celle de l'espèce où il a été démontré que l'existence d'un différend territorial entre les Etats contractants du TBI le rend inapplicable concernant la Crimée. Si bien qu'il ne fait pas de doute que ce différend territorial doit au préalable être tranché pour rendre le TBI applicable.

²¹⁴ Conclusions d'Oschadbank en date du 15 décembre 2020, § 115.

²¹⁵ Conclusions d'Oschadbank en date du 15 décembre 2020, § 117, citant *South China Sea Arbitration (Philippines c. Chine)*, Sentence, CPA n° 2013-19, 12 juillet 2016 (pièce Oschadbank RJ-43).

²¹⁶ Cela apparaît clairement à la lecture de la sentence partielle sur la compétence et la recevabilité rendue dans cette affaire qu'Oschadbank omet pourtant de verser aux débats, Affaire PCA n° 2013-19, *The South China Sea Arbitration (Philippines v. Chine)*, Award on jurisdiction and admissibility, 29 octobre 2015, § 153 (Pièce FRJ-42).



243. Cela rend donc inopérant l'argument d'Oschadbank selon lequel le tribunal arbitral n'a pas fait une « *incursion* » dans le domaine du différend territorial qui oppose la Russie à l'Ukraine car la détermination du sens du terme Territoire a été faite « *pour les seuls besoins du TBI* »²¹⁷. A nouveau, Oschadbank feint de ne pas comprendre la position de la Fédération de Russie, éclairée par l'avis du Professeur Yves Nouvel. Ce qui est reproché aux arbitres n'est pas d'avoir tranché le différend territorial entre les Etats contractants du TBI, l'argument de la Fédération de Russie est que le TBI n'est pas applicable en raison de l'existence du différend dont il résulte que la Crimée n'est pas un territoire mutuellement reconnu. L'inapplicabilité du TBI concernant la Crimée portant sur toutes ses dispositions et englobant par nature l'offre d'arbitrage prévue à son article 9, le tribunal arbitral aurait dû se déclarer incompétent.

244. Il en résulte que le tribunal arbitral s'est reconnu à tort compétent en considérant que la condition de compétence *ratione loci* était satisfaite, ce qui entraîne l'annulation de la Sentence.

*
* *
*

245. En admettant par impossible que le TBI puisse s'appliquer puisque, d'une part, l'investissement prétendu par Oschadbank a été réalisé à compter du 1^{er} janvier 1992 (*quod non*) et non pas avant et, d'autre part, parce qu'il pourrait fonctionner sur un territoire non mutuellement reconnu (*quod non*), l'incompétence arbitrale doit néanmoins être constatée.

246. En effet, une fois appelé à appliquer le TBI, il apparaît qu'Oschadbank ne remplit pas les conditions pour prétendre à la protection, tant matérielle que juridictionnelle, introduite par le TBI.

247. Cela résulte notamment du fait que la Succursale en Crimée a été acquise avant 2014, c'est-à-dire à un moment où il n'est pas contesté que la Crimée faisait partie de l'Ukraine, si bien que l'investissement prétendu n'était pas international au moment de sa réalisation, mais était un investissement ukrainien en Ukraine. Or c'est à cette date qu'il convient de se placer pour déterminer si la condition relative à l'investissement de l'article 1(2) du TBI est remplie, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, si bien que celui allégué par Oschadbank n'est en tout cas pas un investissement protégé au sens du TBI.



²¹⁷ Conclusions d'Oschadbank en date du 15 décembre 2020, §§ 122-124.

Sous-section 2 – Les conditions de protection prévues par le TBI ne sont pas réunies (compétence *ratione materiae*)

248. En admettant que le TBI soit applicable, l'incompétence arbitrale résulte de la non-réunion des conditions de protection. Ces conditions sont, pour les mêmes raisons que celles développées précédemment, de deux ordres, *ratione temporis* et *ratione loci*²¹⁸. A cela s'ajoute une cause d'incompétence *ratione materiae* puisque le prétendu investissement a, en toute hypothèse, été réalisé par une personne morale de droit ukrainien en Ukraine. Le fait que, postérieurement, la Crimée ait accédé à la Fédération de Russie n'a pas transformé, comme par magie, un investissement purement interne en investissement étranger, seul type d'investissement dont le TBI vise la protection, si bien que la condition de l'article 1(1) du TBI n'est pas satisfaite

249. Il n'est pas contesté que la Succursale en Crimée de la Banque a été créée, acquise et exploitée par Oschadbank avant 2014, année pendant laquelle la Crimée a accédé à la Fédération de Russie²¹⁹. Il n'est pas non plus contesté qu'avant 2014 la Crimée faisait partie du territoire ukrainien. Il en résulte que, lorsqu'il a été réalisé, en admettant que celui d'Oschadbank soit un investissement, il s'agissait d'un investissement ukrainien en Ukraine.

250. Le TBI ne peut pourtant trouver application qu'en présence d'un investissement étranger, car il ne protège – comme d'ailleurs il ne promeut – que les investissements qui sont étrangers (et non pas les investissements internes) à la date de leur réalisation (§1). Le raisonnement du tribunal arbitral, défendu par Oschadbank, pour découvrir en l'espèce un investissement étranger est purement artificiel (§2).



²¹⁸ Le Professeur Boucobza a démontré lors de son audition que l'incompétence arbitrale *ratione temporis* est encourue tant au titre d'une condition d'inapplication du traité que d'une condition d'inapplication la protection prévue par un traité applicable : « **M. le Pr X. Boucobza.- [...]** Deuxièmement, pour tout dire, ici cela reviendrait au même que l'on soit dans l'un ou l'autre cas : le Tribunal arbitral aurait dû — il a connaissance des faits — constater que l'investissement n'étant pas réalisé à compter du 1er janvier 1992, de toute façon la protection ne pouvait pas s'appliquer. Dans la protection, il y a la protection procédurale, donc il y a l'offre d'arbitrage et, par conséquent, il n'aurait de toute façon pas pu en bénéficier. » Sténotypie verbatim de l'audience du 19 novembre 2020 d'audition des Professeurs Yves Nouvel et Xavier Boucobza, page 32, lignes 25 à 30 (pièce FR-43).

²¹⁹ Il a été remarqué plus haut que l'acquisition et l'exploitation de la Succursale en Crimée sont antérieures même au 1^{er} janvier 1992, ce qui caractérise également la défaillance de la condition de l'article 12 du TBI.

§1 Le TBI ne peut trouver application qu'en présence d'un investissement qui est étranger dès la date de sa réalisation

251. Pour se convaincre que les seuls investissements visés par le TBI sont les investissements étrangers dès l'origine, il suffit de se référer aux termes du Traité. Un investissement est défini comme « *all kinds of assets and intellectual values, which are invested by an investor of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party in conformity with its laws, and in particular: [...]* »²²⁰. Sont donc protégés les actifs qui sont investis par un investisseur de l'une des parties contractantes sur le territoire de l'autre partie contractante en conformité avec ses lois.

252. La question était donc de savoir si la Succursale de Crimée était un actif investi par un investisseur (Oschadbank) de l'une des parties contractantes (l'Ukraine) sur le territoire de l'autre partie contractante (la Fédération de Russie). Il s'agit en conséquence de déterminer à quel moment sont examinées les composantes de l'investissement et son caractère étranger.

253. La réponse dépend en particulier du fait de savoir à quoi fait référence l'expression « actif investi ». Selon que l'on entend par celui-ci « l'actif **qui a été investi** » (investissement fait) ou bien « l'actif **qui est investi** » (investissement simplement détenu) sur le territoire de l'autre État contractant au TBI on n'aboutit pas nécessairement à la même conclusion.

254. Si on se limite à retenir la **situation d'investissement** (un actif qui est investi, donc un actif simplement détenu), on pourrait considérer que la Succursale en Crimée, actif qui était au moment de la réalisation de l'investissement sur le territoire ukrainien, pourrait être un actif se trouvant sur le territoire de la Fédération de Russie au moment de la violation alléguée du TBI et au moment du début de la procédure arbitrale, donc un actif ukrainien en Russie.

255. Si, au contraire, on retient l'**action d'investissement** (un actif qui a été investi), il faut nécessairement en conclure qu'il convient de s'attacher à la date de réalisation de l'investissement et qu'à cette date la Succursale en Crimée était un investissement ukrainien en Ukraine qui est exclu du champ d'application du TBI.

256. C'est un élément temporel qui est au cœur du débat, celui de savoir si, pour caractériser l'investissement, il convient de se placer à la date de sa réalisation (au moment où l'investissement est effectué) ou bien à une date postérieure comme la date de violation alléguée du TBI ou celle de l'introduction de la procédure d'arbitrage.

257. Afin de trancher cette question, il faut interpréter le TBI en application de la règle générale d'interprétation de l'articles 31 de la CVDT selon lequel

²²⁰ Article 1(1) TBI, dans la version anglaise retenue par le tribunal dans la Sentence.



Article 31 « 1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. [...] »²²¹.

A. – Les termes du TBI

258. Il convient de commencer par l'interprétation littérale en recherchant le sens ordinaire des termes du TBI. Plusieurs arguments de texte démontrent qu'il faut retenir la date de la réalisation de l'investissement pour apprécier son caractère étranger, c'est-à-dire que l'investissement doit présenter un caractère transfrontière dès le moment où il a été effectué.

259. Tout d'abord, les termes mêmes de l'article 1(1) du TBI vont en ce sens.

260. Il suffit pour le constater de se référer aux versions russe et ukrainienne du TBI, dont il est décisif de rappeler qu'elles en sont les seules versions officielles. Toute analyse du sens ordinaire des termes du TBI doit donc nécessairement se faire en considération de ces deux langues.

261. Une telle analyse a été effectuée à la demande de la Fédération de Russie par deux experts : d'une part, le Professeur Tatiana Nikolaevna Kurokhtina expert en langues slaves, notamment le russe et l'ukrainien et, d'autre part, le Professeur Sergey Tyulenev expert en traduction. Ces deux experts confirment l'interprétation de la Fédération de Russie selon laquelle la condition d'investissement prévue par le TBI correspond à une action positive, le fait d'investir un actif, et non pas à une attitude passive, celle de simplement détenir un actif.

262. Dans sa consultation, le Professeur Kurokhtina indique ainsi clairement :

« 12. The reflexive imperfective verb vkladyvat'sia («вкладываться») [to be put in/to be invested] used in Paragraph 1 of Article 1 is derived from the verb vlozhit' (vlozhit'sia) («вложить (вложиться)») [to be put in/to be invested – here perfective, - translator's note] having several meanings and, in the context in question, used in the meaning “to place [something] somewhere, to give [something] to be used in an enterprise, undertaking (money, funds)”. Despite the formal indicators of the passivity of the verb (suffix “-ся”), the inner semantics of the lexical unit vkladyvayutsia («вкладываются») [are put in] carries the meaning of an active action, an act of investing, transfer of values, funds, capital. [...]»

*18. [...] It should be expressly noted that it is impossible to replace the verb vkladyvat'sia («вкладываться») [to be put in/to be invested] with any other verbs that can be used in other contexts in syntactical constructions with the lexical unit investments. For instance, the verb **to be possessed by** (Russian*



²²¹ Article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des Traités du 23 mai 1969, (pièce FRJ-12).

«находиться») (investments are possessed by somebody) or to own/hold (Russian «обладать/держать») (to own investments/to hold investments) are not synonymic with the lexical unit in question. The semantics of the aforementioned verbs has no meaning of action related to the making of investments which is decidedly inconsistent with the semantic content of the verb vkladyvat'sia («вкладываться») [to be put in/to be invested]. The verb closest to it in terms of its meaning and functions is the verb osuschestvliatsia («осуществляться») [to be made] and participles derived from it »²²².

263. Le Professeur Tyulenev, dans sa consultation, corrobore cette analyse. Il indique ainsi en partant de l'analyse du Professeur Kurokhtina que dès lors que :

« 10. Both in the Russian and Ukrainian versions of the Agreement [TBI] in Paragraph 1 of Article 1 the verb used to describe an action with assets (“вкладываются” (vkladyvayutsia)) “carries the meaning of an active action, an act of investing, transfer of assets, funds, capital” (see Dr. Kurokhtina’s analysis in Answers to Questions Concerning the Interpretation of the 1998 Agreement on Promotion and Mutual Protection of Investments between the Government of the Russian Federation and the Cabinet of Ministers of Ukraine, para. 12) ».

Il convient de considérer que :

« 17. Both English translations of the verb vkladyvat'sia ('to be put in' (English Translation 1) or 'to be invested' (English Translation 2)) express adequately the semantics of the Russian and Ukrainian verbs denoting active steps to put something into something else/somewhere. The English verbs used cannot be replaced, without a shift in their meanings, by verbs such as 'own', 'hold', 'possess', 'be located', 'be present' or their participles or other grammatical variants, such as 'owned', 'held', 'possessed', '(been) located/present'. The English verb 'invest' is defined, as was illustrated above in the Oxford Dictionary of English, as the action of putting rather than owning or holding or any similar type of action, and characteristically, it is defined in the Oxford Dictionary of English through the verb 'put' »²²³.

264. Ainsi, les deux experts linguistiques consultés quant au sens, d'une part, des versions officielles russe et ukrainienne du TBI et, d'autre part, de sa traduction anglaise, confirment que la notion d'investissement procède nécessairement d'un

²²² Consultation du Professeur Tatiana Nikolaevna Kurokhtina en date du 24 juin 2020, §§ 12 et 18 (pièce FR-34).

²²³ Consultation du Professeur Sergey Tyulenev en date du 24 juin 2020, §§ 10 et 17 (pièce FR-35).

comportement actif de l'investisseur, à savoir le fait d'investir un actif, et non d'une attitude passive se limitant à la simple détention de l'actif en question. L'action d'investir doit être naturellement accomplie sur le territoire de l'autre État partie au TBI, ainsi que le texte de son article 1(1) l'indique expressément.

265. Oschadbank tente de contester cette analyse en versant aux débats la consultation du Professeur Andriy Danylenko²²⁴. Cette unique consultation n'apporte cependant aucun éclairage pertinent sur la lecture de l'article 1(1) du TBI en ce qu'elle est tout à fait confuse, voire incompréhensible. Elle se contente de surcroît pour l'essentiel de procéder par des affirmations péremptoires qui ne suffisent pas à invalider les conclusions des expertises linguistiques précitées des Professeurs Kurokhtina et Tyulenev versées aux débats par la Fédération de Russie²²⁵.

266. Au surplus, il convient de relever que les deux États contractants (la Russie et l'Ukraine) sont du même avis sur le sens du TBI quand il s'agit de considérer que l'investissement requiert une action et non pas une simple détention. En effet, dans l'affaire *PAO Tatneft c. Ukraine*, cette dernière a soutenu devant les juridictions du Royaume Uni une telle interprétation du TBI avec une parfaite clarté :

«55. In relation to Tatneft's claim in respect of what was said to amount to a de facto expropriation of Amruz and Seagroup's shares in Ukratnafta, Ukraine argues that there was no relevant "investment" for the purposes of Article 9 of the BIT, and any dispute in connexion with those shares was not agreed to be referred to arbitration by that Article.

56. Ukraine's argument is as follows:

(1) Article 9(1) of the BIT provides: [...]

(2) It follows that there is no agreement to submit to arbitration any dispute with a "investor" (i.e. claim by an investor) that does not arise in connection with an "investment".

(3) Article 1(1) and (2) of the BIT define "investment" and "investor" inter alia as follows:

"Investments" means assets and intellectual property of all kinds that are invested by an investor of one Contracting Party within the territory of the other Contracting Party in accordance with the latter's legislation... [...]

57. There are also references to making investments or investments being "made" in the relevant territory in Articles 2,



²²⁴ Pièce Oschadbank RJ-72 : Consultation du Professeur A. Danylenko, 14 décembre 2020.

²²⁵ Consultation du Professeur Tatiana Nikolaevna Kurokhtina en date du 24 juin 2020 (pièce FR-34) et Consultation du Professeur Sergey Tyulenev en date du 24 juin 2020 (pièce FR-35).

4, 5 and 12; and Article 3 refers to “investments made by investors”. Ukraine contends that these provisions show that only an investment made in Ukraine (or Russia) is a qualifying investment.

58. Guidance as to the concept of making an investment is provided by the decision of Teare J in *Gold Reserve*. **Ukraine contends that that decision shows that:**

(i) making an investment requires the input of resources by the investor into the relevant asset in return for an interest in that asset [35];

(ii) **mere passive ownership of an asset is insufficient: what is required is an active relationship between the investor and the investment [37]** »²²⁶. (souligné par nous)

267. Oschadbank n’apporte aucun élément qui permettrait de remettre en cause cette réalité.

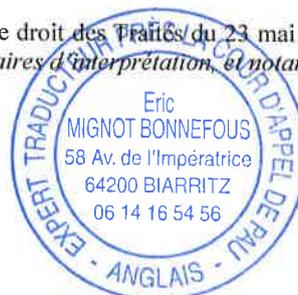
268. Dès lors, du sens ordinaire des termes de l’article 1(1) du TBI il résulte que, pour caractériser l’investissement, il faut se placer à la date de sa réalisation – au moment où l’investisseur effectue l’action d’investir l’actif considéré – afin de déterminer si celui-ci a été réalisé sur le territoire de l’autre État contractant. Ceci n’est pas le cas pour le prétendu investissement d’Oschadbank lequel a été réalisé lorsque la Crimée faisait partie de l’Ukraine, si bien qu’il s’agit d’un investissement ukrainien en Ukraine auquel le TBI n’accorde pas la protection, en particulier la protection juridictionnelle prévue par la clause d’arbitrage de l’article 9.

269. Cela est d’autant moins contestable que l’article 1(1) du TBI prévoit qu’un investissement doit être fait en conformité avec les lois de l’État hôte (« *in conformity with its laws* »). Si, au moment de la réalisation, l’investissement est investi sur le territoire d’un autre État – celui de l’autre partie contractante ou celui d’un État tiers – il serait en effet impossible de vérifier la compatibilité de l’investissement avec les lois de l’État hôte. Il n’est pas sérieux de penser que la légalité d’un investissement réalisé en Ukraine soit appréciée conformément au droit russe.

270. Considérer qu’il serait procédé à l’appréciation de la légalité de l’investissement à une date postérieure, comme celle de la violation alléguée du TBI ou de l’introduction de la procédure arbitrale n’aurait pas de sens car elle pourrait aboutir à des résultats absurdes²²⁷. Elle reviendrait en effet à admettre que

²²⁶ *PAO Tatneft v. Ukraine* [2018] EWHC 1797 (Comm), Jugement de la High Court du 13 Juillet 2018, §§ 55-58 (pièce FR-16).

²²⁷ Cf. voir aussi l’article 32 de la Convention de Vienne sur le droit des Traités du 23 mai 1969, qui dispose : « Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d’interprétation, et notamment



par la modification de sa législation, l'État hôte de l'investissement pourrait rendre illégal un investissement qui était légal lorsqu'il a été réalisé et, partant, le priver de la protection accordée par le TBI. Cela n'est certainement pas ce que les parties au TBI ont voulu faire, l'un des objectifs des traités bilatéraux de protection des investissements consistant précisément à protéger les investisseurs étrangers contre des éventuelles modifications arbitraires des législations des États hôtes.

271. C'est pour cette raison que la légalité de l'investissement est requise et appréciée à la date de réalisation de l'investissement et non pas à une date postérieure. Il s'agit en effet d'une condition d'admission de l'investissement. Du point de vue de l'État, c'est également cette date qui compte, car la protection fait suite à l'accueil de l'investissement et, par la stipulation d'une condition de légalité, l'État notifie à l'investisseur qu'il n'entend accueillir que les investissements légalement réalisés.

272. D'autres stipulations du TBI confirment une telle interprétation. Il en est ainsi de la disposition sur l'altération des investissements qui retient que :

« Alteration of the type of investments, in which the funds will be invested, shall not affect their nature as investments, unless such alteration is contrary to the laws of a Contracting Party, in whose territory the investments were made ». (article 1(1) du TBI dernier alinéa, surligné et souligné par nous)

273. Cette disposition qui apporte des précisions sur des éventuelles altérations que pourrait subir un investissement au cours de sa détention – pour prévoir que celles-ci ne seraient pas en principe susceptibles de disqualifier la qualification d'investissement – atteste encore une fois que ce qui compte pour la caractérisation est ce qui se produit lors de la réalisation de l'investissement.

274. La disposition sur la détermination du champ d'application dans le temps du TBI confirme cette interprétation. L'article 12 précité prévoit que le TBI « *shall apply to all investments, made by the investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party as of 1 January 1992* »²²⁸ (surligné et souligné par nous). La détermination du champ d'application aux investissements faits (« *made* ») sur le territoire de l'autre partie contractante à compter du 1^{er} janvier 1992 confirme que ce qui est pris en compte afin de vérifier si la condition d'investissement est réalisée est la date de sa réalisation et non pas une date différente. En effet, la limite temporelle d'application du TBI n'a de sens que si les

aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 : a) Laisse le sens ambigu ou obscur; ou b) Conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable. » (souligné par nous) (pièce FRJ-12).

²²⁸ Article 12 TBI, dans la version anglaise retenue par le tribunal dans la Sentence.



investissements protégés sont ceux réalisés sur le territoire de l'autre partie contractante, et non pas les investissements simplement détenus. A défaut, ces derniers seraient en effet protégés quelle que soit la date de leur réalisation et la limite temporelle d'application du TBI perdrait alors toute portée²²⁹.

275. Enfin, les termes de la clause de règlement des différends entre investisseur et État confirment de plus fort cette interprétation. En effet, parmi les différentes options ouvertes à l'investisseur par l'article 9 du TBI, il est prévu que celui-ci puisse saisir, à la place d'un tribunal arbitral international, « *a competent court or an arbitration court of the Contracting Party, in whose territory the investments were made* ». Si le TBI avait envisagé que l'investissement puisse être réalisé initialement sur le territoire d'un autre État que le défendeur, il aurait indiqué que l'investisseur aurait pu saisir les tribunaux de l'État défendeur. Or le fait qu'à la place le TBI prévoit que l'investisseur puisse saisir les tribunaux de l'État où les investissements ont été réalisés, implique nécessairement que les investissements protégés aient été réalisés dès l'origine sur le territoire de l'État dont la responsabilité est recherchée. Une lecture différente n'aurait pas de sens car elle signifierait qu'Oschadbank aurait pu saisir du différend qui l'oppose à la Fédération de Russie, les tribunaux ukrainiens qui sont les tribunaux où Oschadbank a réalisé son prétendu investissement.

276. Une telle interprétation de la définition d'investissement est approuvée par le Professeur Maurice Mendelson dans sa consultation en date du 11 août 2017, rédigée à la demande de la Fédération de Russie dans le cadre d'une instance devant le Tribunal fédéral suisse où la question de la définition de l'investissement aux termes du TBI se posait également²³⁰. Le Professeur Mendelson considère en particulier que :

« [...] the alleged investments made by the Claimants in Crimea failed to satisfy the definition of investments as set out in Article 1(1) of the bilateral Agreement between the Cabinet of Ministers of Ukraine and the Government of the Russian Federation on the Encouragement and Mutual Protection of Investments of 27 November 1998 ('the Ukraine-Russia BIT', or 'the BIT'). The principal reason is that, when made, these were not, in the relevant controlling words of Article 1(1), 'tangible assets [or] intellectual property of any kind [which are] invested by an investor of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party...' (emphasis added). As I shall explain, when properly understood, this requires the territory in question to

²²⁹ Sur l'absence de compétence *ratione temporis* du tribunal arbitral en raison du fait que le prétendu investissement d'Oschadbank a été réalisé avant le 1^{er} janvier 1992, v. *supra* §§ 119 et s.

²³⁰ Consultation du Professeur Maurice Mendelson en date du 11 août 2017 (**pièce FR-14**).



have been the territory of the other Contracting Party at the time that the investment was made. In other words, a foreign investment in the host Contracting Party. The investments claimed to have been made by the Claimants do not fulfil this criterion: they were made by Ukrainian nationals in Ukraine »²³¹.

277. L'interprétation littérale du texte du TBI suffit donc à convaincre qu'un investissement pour être protégé doit présenter un caractère étranger (et donc transfrontière) dès le jour de sa réalisation.

B. – L'objet, le but et le contexte du TBI

278. Les autres techniques d'interprétation des traités internationaux prévues par la CVDT confirment cette lecture.

279. Il en est ainsi de l'objet et du but du TBI. Il résulte en effet sans ambiguïté de son préambule que l'objet et le but du TBI consistent à promouvoir et à protéger les investissements en provenance du territoire d'une partie sur le territoire de l'autre. Celui-ci souligne en effet que les États parties « *ont l'intention de créer et maintenir des conditions favorables aux investissements réciproques et désirent créer des conditions favorables pour la promotion de la coopération économique entre les parties contractantes »²³². (souligné par nous)*

280. Un autre élément qui permet de confirmer que le but et l'objet du TBI sont la seule protection des investissements étrangers se trouve dans l'article 12 précité qui limite la protection aux investissements faits à compter du 1^{er} janvier 1992. Cette date a été choisie car elle était proche à celle de la fin de l'URSS. Le TBI n'avait donc pas vocation à protéger des investissements réalisés au cours de la période soviétique²³³. Cela signifie que l'objet et le but du TBI n'étaient pas de protéger des investissements internes, mais des investissements étrangers. En effet, sous l'URSS des investissements russes en Ukraine (ou vice-versa) étaient des investissements purement internes. Ces investissements seraient devenus des investissements étrangers après la dissolution de l'URSS. Pourtant de tels investissements ont été exclus du champ d'application du TBI, ce qui confirme la volonté de ne protéger que des investissements étrangers dès leur réalisation.

281. Cette logique de fonctionnement du TBI a été rappelée par le Professeur Boucobza lors de son audition devant la Cour le 19 novembre 2020 :

« Alors en l'occurrence, pour le Traité liant la Russie et l'Ukraine, il y a une clause d'application dans le temps : le TBI est entré en vigueur le 27 janvier 2000 et l'article 12 du Traité prévoit, rétroactivement, qu'il couvre tous les investissements qui



²³¹ Consultation précitée, executive summary, § 4.

²³² Préambule du TBI.

²³³ Il a d'ailleurs été démontré que l'investissement allégué par Oschadbank a été réalisé avant le 1^{er} janvier 1992, v. *supra* §§ 124 et s.



ont été réalisés à compter du 1^{er} janvier 1992. C'est ce qui est prévu par l'article 12 : on a une clause de rétroactivité qui remonte jusqu'au 1^{er} janvier 1992.

La logique est parfaitement compréhensible, bien évidemment. Pourquoi ? Parce que l'URSS prend fin le 26 décembre 1991 et que ce qui a été souhaité par les rédacteurs du Traité, c'est que :

- les investissements réalisés en URSS ne fassent pas l'objet d'une protection — c'était l'URSS, donc ils ne font pas l'objet d'une protection ;
- les investissements réalisés dans le monde d'après l'URSS, si je puis dire, c'est-à-dire précisément lorsque les États auront acquis une souveraineté différente, que ces investissements, eux, fassent l'objet d'une protection. »²³⁴

282. Le contexte du TBI est aussi un élément important d'interprétation et l'article 31 de la CVDT prévoit que « aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus : a) Tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité [...] ». Le préambule du TBI, dans lequel se trouvent ces éléments de contexte, se réfère explicitement au traité qui l'a précédé et qu'il a entendu développer. Il s'agit de l'Accord sur la coopération dans le domaine de l'activité d'investissement en date du 24 décembre 1993 conclu par les États, dont la Russie et l'Ukraine, qui étaient auparavant parties de l'URSS (« le Traité de 1993 »)²³⁵. Toutes les dispositions de celui-ci, en ce compris son préambule, soulignent l'importance considérable de la coopération économique entre les États et font référence à des investissements transfrontières.

283. Si, comme l'indique Oschadbank²³⁶, le Tribunal Fédéral Suisse a rejeté le 16 octobre 2018 les recours en annulation présentés par la Fédération de Russie²³⁷, Oschadbank se garde pourtant de préciser que ce rejet n'est intervenu qu'à la suite de débats très animés au cours desquels la position selon laquelle l'investissement doit présenter un caractère transfrontière dès sa réalisation a été soutenue avec force par le Juge Kathrin Klett. La décision à laquelle est donc arrivé le Tribunal Fédéral n'a pas été unanime et a donné lieu, événement exceptionnel dans l'ordre juridique

²³⁴ Sténotypie *verbatim* de l'audience du 19 novembre 2020 d'audition des Professeurs Yves Nouvel et Xavier Boucobza, page 26, ligne 27 à page 27 ligne 5 (pièce FR-43).

²³⁵ Accord sur la coopération dans le domaine de l'activité d'investissement en date du 24 décembre 1993 (pièce FR-2).

²³⁶ Conclusions d'Oschadbank du 15 décembre 2020, §§ 170 et s.

²³⁷ Arrêts du Tribunal Fédéral suisse du 16 octobre 2018 dans les affaires 4A 396 2017 et 4A 398 2017, *Fédération de Russie c/ Stabil et Ukrnafta* (pièce FR-15).

suisse, à une « délibération publique » au cours de laquelle chacun des cinq juges suisses a exprimé, au cours de l'audience qui s'est tenue à Lausanne, sa position sur la question²³⁸.

284. C'est l'opinion exprimée par le Juge Klett que le tribunal arbitral aurait dû suivre. Celui-ci s'est pourtant déclaré compétent en considérant que le TBI était applicable à un prétendu investissement qui était interne lorsqu'il a été réalisé. Il s'agit là d'une autre raison pour laquelle le tribunal aurait dû se déclarer incompétent.

§2 L'inanité du raisonnement adopté par le tribunal arbitral et défendu par Oschadbank

285. C'est de façon erronée, par affirmation et pratiquement sans motivation, que le tribunal tranche la question centrale de la condition d'investissement. Au paragraphe 226 de la Sentence, le tribunal considère que :

« 1. Temporal requirement

226. In the English version of the Treaty text there is no temporal requirement in the definition of investment that would limit investments to those made after the Russian Federation's obligations under the Treaty became effective in the Crimean Peninsula. The Tribunal has no evidence before it to suggest that the English translation is inaccurate in any way. Accordingly, the Tribunal finds that it is immaterial for the purposes of determining jurisdiction that the investments were made before the accession of the Crimean Peninsula to the Respondent.
(souligné par nous)

286. Il a pourtant été remarqué plus haut la convergence des éléments d'interprétation en faveur de l'exigence temporelle, laquelle est notamment soutenue par les consultations d'experts linguistiques en langues slaves. Il faut rappeler que cette analyse est déterminante puisque les langues officielles du TBI sont le russe et l'ukrainien. A ce titre, la référence d'Oschadbank louant l'anglophonie du président du tribunal arbitral, David Williams²³⁹, est sans aucune pertinence.

287. De surcroît, l'exigence de conformité de l'investissement avec le droit national contenue dans la définition même de l'investissement (article 1(1) TBI) suffisait à établir que l'investissement devait être étranger depuis la date de sa réalisation et qu'il existe une exigence temporelle (« *temporal requirement* ») que le tribunal a méconnue.

²³⁸ Voir les attestations de Maître Elliott Geisinger en date du 10 janvier 2019 et de Maître Christopher Boog en date du 11 janvier 2019 (pièce FR-16).

²³⁹ Conclusions d'Oschadbank du 15 décembre 2020, § 166.

288. Si bien que, en admettant les autres conditions d'application du TBI réunies, ce qui n'est pas le cas, ledit TBI ne peut trouver application que pour les investissements ukrainiens réalisés en Crimée après l'adhésion de celle-ci à la Fédération de Russie.

289. C'est le contraire qu'a décidé le tribunal arbitral au paragraphe 226 de la Sentence en considérant que le TBI pouvait trouver application en présence d'investissements réalisés à un moment où la Crimée faisait partie de l'État d'Ukraine, donc à un investissement purement interne (ukrainien en Ukraine) au moment où il a été réalisé. Une telle décision est contraire aux termes du TBI, qui ne vise à protéger que les investissements étrangers. Le tribunal s'est donc déclaré à tort compétent.

290. Une comparaison des termes du TBI tels qu'ils sont, avec les termes du TBI tels qu'ils auraient dû être pour rendre la décision du tribunal envisageable, permet de se rendre compte de l'ampleur de réécriture du TBI à laquelle le tribunal a procédé.

291. L'article 1(1) TBI prévoit :

« The term "investments" means all kinds of assets and intellectual values, which are invested by an investor of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party in conformity with its laws, and in particular: [...] ».



292. L'article tel qu'il aurait dû être écrit pour rendre possible l'interprétation telle que faite par le tribunal arbitral :

« The term "investments" means all kinds of assets and intellectual values, which are ~~invested~~ held [détenus] by an investor of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party ~~in conformity with its laws~~, and in particular: [...] »

293. Un tel travail de réécriture d'un traité de protection des investissements est impossible. Comme il est interdit de rajouter à un traité une condition qu'il ne prévoit pas, il est pareillement interdit de supprimer une condition prévue au traité, ce que le tribunal a pourtant fait en l'espèce.

294. Lorsque les parties à un traité de protection des investissements entendent protéger les investissements simplement détenus par un investisseur étranger, quelle que soit la date où ceux-ci ont été effectués, le traité est rédigé différemment. Il existe de nombreux TBI qui protègent des investissements simplement en fonction de la date de leur détention et non pas celle de leur réalisation. Un des exemples les plus clairs est le modèle de TBI des Pays-Bas, lequel dans sa version de 1997 – mais les versions postérieures ne diffèrent pas sur ce point –, dispose que « *the provisions of the Agreement shall, from the date of its entry into force thereof,*

also apply to investments which have been made before that date »²⁴⁰. Toutes les autres dispositions de celui-ci font référence aux **investissements des nationaux** de l'autre partie contractante et non pas aux **investissements faits par les nationaux**. Ainsi la clause d'arbitrage de l'article 9 prévoit que :

*« Each Contracting Party hereby consents to submit any legal dispute arising between that Contracting Party and a national of the other Contracting Party **concerning an investment of that national** in the territory of the former Contracting Party to the International Centre for Settlement of Investment Disputes for settlement by conciliation or arbitration under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States opened for signature at Washington on 18 March 1965 ». (surligné et souligné par nous)*

295. Le modèle de TBI des Pays-Bas est l'exemple de traité qui protège tous les **investissements détenus**, quelle que soit la date de leur réalisation²⁴¹. En revanche, le TBI entre la Russie et l'Ukraine, sur la base duquel le tribunal arbitral a été saisi par Oschadbank, ne protège que les **investissements effectués** et non pas les investissements simplement détenus.

296. Oschadbank tente en vain de justifier la décision du tribunal arbitral en se référant à des extraits de sentences arbitrales sortis de leur contexte et qui n'ont donc pas la portée qu'elle croit pouvoir leur donner ne serait-ce que parce qu'elles ont statué sur des questions différentes de celles qui se posent dans l'affaire dont la Cour est saisie et qu'elles ont été rendues sur le fondement de traités rédigés différemment du TBI.

297. Telle est le cas de la sentence partielle rendue le 8 septembre 2006 dans l'affaire *Mytilineos c. Serbie*²⁴², dans laquelle l'une des questions qui se posait concernait la consistance économique de l'investissement, et en aucun cas la date à laquelle l'existence de celui-ci devait être appréciée. Le tribunal arbitral n'a pas été appelé à trancher la question, qui se pose dans la présente instance, de savoir si l'investissement prétendu doit être transfrontière au jour de sa réalisation ou s'il peut le devenir ultérieurement. Oschadbank omet soigneusement de dire que le traité bilatéral de protection d'investissement entre la Grèce et la Yougoslavie du

²⁴⁰ Article 10 modèle de TBI des Pays-Bas (version de 1997) (**pièce FRJ-17**). La référence à la version 1997 est intéressante car elle révèle l'existence d'une pratique déjà établie lorsque le TBI a été négocié.

²⁴¹ Ce modèle a servi de base à la conclusion de nombreux traités qui protègent les investissements détenus quelle que soit la date où ils ont été effectués. V. par exemple TBI entre les Pays-Bas et la Géorgie du 3 février 1998.

²⁴² **Pièce Oschadbank RJ-11**, citée dans les conclusions d'Oschadbank du 15 décembre 2020, § 175.



25 juin 1997²⁴³ ne prévoyait, contrairement au TBI, aucune limite temporelle. L'article 12 de celui-ci prévoyait en effet :

«This Agreement shall apply to investments made by investors of either Contracting Party in the Territory of the other Contracting Party consistent with the latter's legislation, prior to as well as after the date of its entry into force. However, the provision of this Agreement shall be applicable from the date of its entry into force ». (souligné par nous)

298. La comparaison avec l'article 12 du TBI montre clairement que dans le cas présent la date à laquelle l'investissement est réalisé est déterminante, alors que dans l'affaire *Mytilineos c. Serbie* celle-ci était totalement indifférente. Dès lors, Oschadbank ne saurait pas se prévaloir de cette sentence arbitrale au soutien de ses allégations. Ce n'est que grâce à une citation tronquée de la sentence (les paragraphes 127 et 128 sont occultés) qu'Oschadbank a pu donner l'impression que la même question que celle de la présente affaire se posait.

299. Oschadbank a aussi omis de préciser que dans cette affaire, l'interprétation du traité bilatéral de protection d'investissement entre la Grèce et la Yougoslavie n'a pas fait l'unanimité et que, précisément sur la question de la définition de l'investissement, l'un des arbitres a rédigé une opinion dissidente²⁴⁴.

300. Il en va de même de la sentence rendue le 29 mai 2012 dans l'affaire *InterTrade c. République Tchèque*²⁴⁵ ainsi que de la décision rendue le 13 juillet 2018 dans l'affaire *PAO Tatneft c. Ukraine* par la *High Court* anglaise²⁴⁶, ou encore de celle rendue le 20 décembre 2019 par cette même juridiction dans l'affaire *Corée c. Dayyani*²⁴⁷. La question qui se posait dans ces trois espèces évoquées par Oschadbank était encore plus éloignée de celle de la présente affaire car elle concernait la nécessité, ou non, d'une contribution de l'investissement à l'économie de l'État hôte pour pouvoir bénéficier de la protection du traité, question différente de celle ici discutée, ce qui permet de s'apercevoir que les décisions dont croit

²⁴³ TBI entre la Grèce et la Yougoslavie du 25 juin 1997 (**pièce FRJ-18**).

²⁴⁴ Opinion dissidente du Professeur Dobrosav Mitrovic en date du 6 septembre 2006 (**pièce FRJ-19**). Il n'est pas ici question de prendre position sur la solution de cette sentence arbitrale ou sur l'opinion de l'arbitre dissident dans cette affaire, mais de souligner que la question qui a été tranchée n'est en rien comparable à celle qui se pose devant la Cour de céans.

²⁴⁵ **Pièce Oschadbank RJ-19**, citée dans les conclusions d'Oschadbank du 15 décembre 2020, §§ 176-177.

²⁴⁶ **Pièce Oschadbank RJ-44** : *PAO Tatneft v Ukraine* - [2018] EWHC 1797 (Comm), 2018 WL 03420059, 13 juillet 2018.

²⁴⁷ **Pièce Oschadbank RJ-46** : *Korea v. Dayyani* - [2019] EWHC 3580 (Comm), 2019 WL 07038249, 20 décembre 2019



pouvoir se prévaloir Oschadbank sont sans pertinence s'agissant de la présente affaire.

301. Tel est encore le cas de la sentence rendue le 30 novembre 2018 dans l'affaire *Mera Investment Fund Limited c. République de Serbie*²⁴⁸. En effet, contrairement à ce qu'indique Oschadbank, le traité sur lequel l'investisseur se fondeait (le traité entre Chypre et la Serbie) comportait une rédaction différente du TBI. En effet, Oschadbank omet d'indiquer que, contrairement au TBI, le traité entre Chypre et la Serbie couvre tous les investissements quelle que soit la date de leur réalisation, si bien que la date à laquelle ils sont réalisés ne peut avoir aucun impact. L'article 12 de celui-ci prévoit que :

“This provisions of this Agreement shall relate to investments made by investors of one Contracting Party prior to and after entry into force of this Agreement, but shall apply only to cases arisen after entry into force of this Agreement” (surligné par nous)

302. Ainsi, alors que le TBI renvoie à l'**action** d'investissement comme indiqué précédemment, le traité entre Chypre et la Serbie se réfère à la **situation** d'investissement²⁴⁹. C'est précisément cela qui a permis au tribunal arbitral, dans l'affaire sur laquelle Oschadbank croit pouvoir se fonder, de conclure que des investissements simplement **détenus** pouvaient prétendre à la protection²⁵⁰, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

303. En définitive, aucune des sentences arbitrales dont Oschadbank se prévaut n'est susceptible d'avoir la moindre incidence dans la présente instance. Il sera d'ailleurs remarqué qu'Oschadbank omet de citer une récente sentence arbitrale qui contredit sa thèse²⁵¹.

304. De surcroît, il s'agit seulement de sentences arbitrales qui n'ont aucune autorité à l'égard de la Cour de céans qui est précisément appelée à contrôler la validité de sentences arbitrales dans le cadre d'un recours en annulation. Oschadbank ne cite au soutien de sa position aucune jurisprudence du juge français de l'annulation, précisément parce que les décisions qui ont pu être rendues la contredisent explicitement.

305. Ainsi, la Cour de céans a eu l'occasion dans l'affaire *Venezuela c/ Garcia Armas* de souligner la différence qu'il convient de faire entre la protection d'un investissement réalisé et celle d'un investissement simplement détenu. Dans cette

²⁴⁸ Pièce Oschadbank RJ-36, citée dans les conclusions d'Oschadbank du 15 décembre 2020, §§ 178-181.

²⁴⁹ Sur la différence entre action d'investissement et situation d'investissement, v. *supra* §§ 253-255.

²⁵⁰ Pièce Oschadbank RJ-36, § 107.

²⁵¹ Award on Jurisdiction, 18 juin 2020, *Sergei Viktorovich Pugachev c/ Russian Federation* (pièce FRJ-43), spéc. §§ 398 et s.



affaire, la question se posait de savoir si l'investisseur devait avoir la nationalité de l'État contractant (Espagne), autre que l'État hôte de l'investissement (Venezuela), au jour où il a effectué l'investissement – ce qui aurait exclu de la protection les investissements réalisés quand l'investisseur n'avait pas la nationalité espagnole – ou s'il suffisait qu'il ait cette nationalité au jour de la violation alléguée et de l'introduction de la procédure arbitrale. Procédant à une analyse des termes du traité de protection des investissements entre l'Espagne et le Venezuela, la Cour d'appel de Paris a conclu que celui-ci exige un investissement réalisé et non pas un investissement simplement détenu, si bien que la nationalité de l'autre État contractant devait être acquise dès la date où l'investissement avait été effectué :

« Considérant, toutefois, en second lieu, qu'aux termes de l'article I. 2 du TBI : "Le terme "investissements" désigne tout type d'actifs, investis par des investisseurs d'une Partie contractante sur le territoire de l'autre Partie contractante"; que suivant l'article I.1 : "Le terme "investisseurs" désigne : a) Les personnes physiques qui ont la nationalité d'une des Parties contractantes en vertu de leur loi nationale et qui réalisent des investissements sur le territoire de l'autre partie contractante » ;

Considérant que suivant le sens ordinaire à attribuer à ces termes, l'investissement n'est pas un actif simplement "détenu" par un investisseur de l'autre Partie contractante - ce qui exclurait toute référence à la date d'acquisition -, mais un actif "investi" par un investisseur de l'autre Partie contractante - ce qui renvoie nécessairement à une condition de nationalité de l'investisseur à la date de l'investissement ;

Que la sentence encourt donc l'annulation en ce qu'elle exclut tout élément de temporalité dans la détermination des investissements protégés »²⁵². (surligné par nous)

306. Si cet arrêt a récemment été cassé²⁵³, c'est pour d'autres raisons qui n'affectent en rien l'analyse de la Cour d'appel sur l'interprétation du traité de protection des investissements. La Cour de céans, sur renvoi après cassation, est venue le confirmer tout récemment en affirmant dans des termes d'une parfaite clarté, qu'il convient de distinguer entre investissements « réalisés » et investissements « détenus » :

²⁵² CA Paris, Pôle 1, Ch. 1, 25 avril 2017, *République Bolivarienne du Venezuela c/ Monsieur Serafin García Armas, Madame Karina García Gruber*, RG n° 15/01040, D. 2017. 2559, obs. Th. Clay ; Rev. Arb, 2017. 648, note M. Laazouzi ; Cahiers arbitrage 2017. 674, note W. Ben Hamida (pièce FRJ-20).

²⁵³ Cass. civ. 1^{re}, 13 février 2019, pourvoi n° 17-25851 (pièce FRJ-7).



« Il résulte des termes du TBI suivant leur sens ordinaire, sans qu'il soit nécessaire de les interpréter, que l'investissement protégé par le Traité est un actif investi par un investisseur de l'autre partie contractante, de sorte que l'investissement justifiant la compétence ratione materiae du tribunal arbitral est celui réalisé par un investisseur qui détient la nationalité de l'autre partie contractante, en vertu de sa législation, à la date à laquelle il réalise cet investissement sur le territoire de l'autre partie »²⁵⁴. (surligné par nous)

307. Un raisonnement analogue concernant l'analyse des termes du TBI conduit à retenir en l'espèce que le caractère étranger de l'investissement doit être présent dès le jour où celui-ci est effectué. En d'autres termes, selon le TBI l'investissement doit avoir été réalisé sur le territoire de l'autre Etat contractant (ici celui de la Fédération de Russie), ce qui n'est pas le cas de la Succursale en Crimée, qu'Oschadbank a acquis et exploité lorsque la Crimée faisait sans discussion possible encore partie du territoire de l'Ukraine.

308. La transposition de la solution retenue dans l'affaire *García Armas* à la présente affaire est d'autant plus justifiée que la définition d'investissement dans le présent TBI est tout à fait comparable à la définition donnée par le traité entre l'Espagne et le Venezuela, puisque tous les deux font référence à des actifs « investis » et non pas seulement « détenus ».

309. Oschadbank tente maladroitement de soutenir que la solution retenue par la Cour d'appel dans cette affaire ne serait pas transposable à la présente instance, au motif que la question qui se posait concernait la qualité d'investisseur et non pas celle d'investissement²⁵⁵. L'argument ne tient pas : c'est bien à la définition d'investissement que s'attache la motivation de la Cour dans l'affaire *García Armas* pour exiger un investissement réalisé et non pas un investissement simplement détenu, ainsi que l'arrêt de la Cour de céans du 3 juin 2020 l'indique expressément.

310. Les deux affaires sont parfaitement comparables car il est toujours question d'apprécier l'élément temporel de vérification de l'investissement. Dans l'affaire *García Armas*, il a été jugé que l'investisseur devait avoir la nationalité de l'Etat hôte pour pouvoir réaliser un investissement qui pouvait prétendre à la protection du traité et qu'il ne pouvait pas acquérir cette nationalité postérieurement à ladite réalisation. Dans la présente affaire, la question est de savoir si l'investissement doit être étranger dès le jour de sa réalisation (c'est-à-dire réalisé sur le territoire de l'Etat hôte) ou s'il peut le devenir ultérieurement.



²⁵⁴ CA Paris, Pôle 5, Ch. 16, 3 juin 2020, *République Bolivarienne du Venezuela c/ Monsieur Serafin García Armas, Madame Karina García Gruber*, RG no, 19/03588 (pièce FRJ-6).

²⁵⁵ Conclusions d'Oschadbank du 15 décembre 2020, §§ 187-188.

311. Au soutien de son interprétation de la condition d'investissement, Oschadbank²⁵⁶ cite la décision rendue par le Tribunal Fédéral suisse le 25 mars 2020 dans l'affaire *Clorox c/ Venezuela*²⁵⁷ laquelle, sur le fondement de la même disposition du TBI Espagne-Venezuela appliquée par la Cour de céans dans l'affaire *García Armas*, a jugé au contraire que :

*« Rien ne permet de déduire de la formule "investis par des investisseurs" l'exigence d'un investissement actif devant impérativement avoir été effectué par l'investisseur lui-même en échange d'une contre-prestation. Bien au contraire, le TBI ne contient pas d'exigences allant au-delà de la détention par un investisseur d'une partie contractante d'actifs sur le territoire de l'autre partie contractante. »*²⁵⁸

312. Il n'est pas nécessaire de procéder à une analyse fine pour s'apercevoir que cet arrêt est en contradiction manifeste avec la jurisprudence de la Cour de céans qui, dans l'affaire *García Armas*, a par deux fois décidé l'exact contraire quant à la définition d'investissement. L'arrêt rendu dans l'affaire *Clorox* témoigne d'une attitude générale des tribunaux suisses consistant à accorder la protection à des investissements simplement détenus, sans faire produire aucun effet à la référence faite par le traité à des investissements réalisés. Une telle attitude est au fondement même des arrêts qui ont refusé, après les dissensions au sein du Tribunal Fédéral évoquées précédemment²⁵⁹, d'annuler les sentences rendues dans les affaires *Stabil* et *Ukrnafta*²⁶⁰.

313. Si dans les affaires *Clorox*, *Stabil* et *Ukrnafta*, le Tribunal Fédéral avait suivi la solution de la Cour d'appel de Paris et le sens à donner à la définition d'investissement dégagés dans l'affaire *García Armas*, il aurait abouti à des solutions différentes. Par l'allégation d'Oschadbank fondée sur l'arrêt *Clorox*, la Cour de céans se trouve donc confrontée entre le choix de confirmer sa jurisprudence en considérant qu'Oschadbank n'a pas réalisé d'investissement protégé aux sens du TBI comme le sollicite la Fédération de Russie, ou celui d'effectuer un revirement de jurisprudence pour s'aligner sur la position suisse. Pour les raisons ci-dessus exposées, la Fédération de Russie est de l'avis que le sens

²⁵⁶ Conclusions d'Oschadbank du 15 décembre 2020, §§ 186-187.

²⁵⁷ Tribunal Fédéral Suisse, 25 mars 2020, *Clorox c/ Venezuela*, n° 4A_306/2019 (pièce **Oschadbank RJ-47**).

²⁵⁸ Arrêt précité, § 3.4.2.7.

²⁵⁹ V. *supra*, § 283.

²⁶⁰ Arrêts du Tribunal Fédéral suisse du 16 octobre 2018 dans les affaires 4A 396 2017 et 4A 398 2017, *Fédération de Russie c/ Stabil et Ukrnafta* (pièce **FR-15**).



donné par la Cour d'appel de Paris à la condition d'investissement protégé est exacte, alors que celui retenu par le Tribunal Fédéral suisse est erroné.

314. Comme indiqué précédemment, le fait que le TBI prévoit une exigence expresse de légalité de l'investissement renforce, s'il en était besoin, que l'investissement doit être étranger à la date de sa réalisation.

315. Afin de tenter de pallier l'incohérence résultant de l'impossibilité de contrôler la conformité de l'investissement avec les lois de l'État hôte au moment de la réalisation du prétendu investissement d'Oschadbank, le tribunal a décidé, sans aucune motivation, de procéder à cette vérification en se plaçant à la date de l'accession de la Crimée à la Fédération de Russie²⁶¹. Au-delà du fait que l'appréciation du tribunal est erronée, rien dans le TBI n'indique que la vérification de conformité devait se faire à cette date. Pour se déclarer à tout prix compétent, le tribunal arbitral a, à nouveau, réécrit le TBI, ce qu'il n'avait pas le pouvoir de faire.

316. Le tribunal a ainsi, après avoir supprimé une condition du TBI (l'exigence du caractère transfrontière de l'investissement au jour de sa réalisation), modifié une autre condition en faisant comme si l'investissement allégué par Oschadbank avait été réalisé en 2014, alors qu'il n'est pas contesté que la Succursale en Crimée a été acquise et exploitée bien avant cette date à un moment où la Crimée faisait partie du territoire ukrainien, et d'ailleurs à une date où le TBI n'offrait pas de protection.

*

**

317. Il résulte de ces développements, que le tribunal arbitral est incompétent à l'égard de la réclamation d'Oschadbank – *ratione temporis, loci et materiae* – chacune de ces causes d'incompétence arbitrale conduisant à l'annulation de la Sentence car, contrairement à ce que prétend Oschadbank, la Fédération de Russie n'a pas renoncé à se prévaloir de l'incompétence du tribunal arbitral.



²⁶¹ Sentence §§ 227-229.

Section 3 – La Fédération de Russie n’a pas renoncé à se prévaloir de l’incompétence du tribunal arbitral

318. Oschadbank a enfin soutenu que la Fédération de Russie aurait, en toute hypothèse, renoncé à se prévaloir de l’incompétence *ratione temporis*²⁶² et *ratione materiae*²⁶³ du tribunal arbitral pour ne l’avoir pas soulevée devant les arbitres, ce qui est inexact²⁶⁴.

319. Oschadbank a fondé dans ses conclusions du 16 janvier 2020 cette allégation sur l’article 1466 du CPC qui dispose que « *la partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s’abstient d’invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s’en prévaloir* » et sur l’arrêt rendu par la Cour d’appel de Paris dans l’affaire *Schooner* qui considère que :

*« la renonciation présumée par l’article 1466 précité du code de procédure civile vise des griefs concrètement articulés et non des catégories de moyens. En effet, le but poursuivi par cette disposition - qui est d’éviter qu’une partie se réserve des armes pour le cas où la sentence lui serait défavorable -, ne serait pas atteint si, sous couvert d’un cas d’ouverture unique, le recourant était recevable à développer devant la cour un argumentaire différent en droit et en fait de celui qu’il avait soumis aux arbitres. Cette portée attribuée à l’article 1466 du code de procédure civile n’est pas incompatible avec la plénitude du contrôle exercé par le juge de l’annulation à l’égard des cas d’ouverture du recours, dès lors qu’en statuant sur des moyens identiques à ceux qui avaient été soumis aux arbitres, il n’est lié ni par leur interprétation des textes, ni par leur appréciation des faits »*²⁶⁵.

320. Depuis que l’arrêt rendu dans l’affaire *Schooner* a été cassé par la Cour de cassation²⁶⁶, Oschadbank a néanmoins maintenu sa fin de non-recevoir aux termes

²⁶² Conclusions d’Oschadbank en date du 15 décembre 2020, §§ 139-151.

²⁶³ Conclusions d’Oschadbank en date du 15 décembre 2020, § 193.

²⁶⁴ En revanche, Oschadbank ne soutient pas que la Fédération de Russie aurait renoncé à soulever l’incompétence *ratione loci* du tribunal arbitral.

²⁶⁵ CA Paris, Pôle 1, ch. 1, 2 avril 2019, *Schooner Capital LLC et autres c/ République de Pologne*, RG 16/24358 (pièce FRJ-21)

²⁶⁶ Cass. civ. 1^{re}, 2 décembre 2020, *Schooner Capital LLC et autres c/ République de Pologne*, pourvoi n° 19-15.396 (pièce Oschadbank RJ-71).



de ses conclusions en date du 15 décembre 2020²⁶⁷, laquelle apparaît d'autant plus infondée que la Cour de cassation a décidé de façon parfaitement explicite que :

« Il en résulte que lorsque la compétence a été débattue devant les arbitres, les parties ne sont pas privées du droit d'invoquer sur cette question, devant le juge de l'annulation, de nouveaux moyens et arguments et à faire état, à cet effet, de nouveaux éléments de preuve. »

321. Oschadbank ne saurait raisonnablement reprocher à la Fédération de Russie de ne pas avoir contesté la compétence du tribunal arbitral, ce qui donne lieu aux hypothèses de renonciation communément admises. En droit français, la jurisprudence décide que la partie qui est atraite devant l'arbitre et qui se défend au fond est considérée avoir renoncé à soulever par la suite, notamment dans le cadre du recours en annulation, l'incompétence du tribunal arbitral²⁶⁸.

322. Un tel reproche ne peut pas être fait à la Fédération de Russie, d'une part, car elle a constamment contesté la compétence arbitrale et, d'autre part, parce qu'elle ne s'est pas défendue au fond au cours de l'instance arbitrale. Le Professeur Yves-Marie Serinet dans sa consultation du 25 juin 2020 le confirme en ces termes :

« Il serait donc illogique, sinon impossible, de vouloir opposer à la Fédération de Russie un texte qui, littéralement, suppose de constater une abstention de la partie et la constitution du tribunal arbitral, alors que l'incompétence du tribunal arbitral a été en l'espèce contestée avant même la formation de celui-ci »²⁶⁹.

323. Ce qu'Oschadbank reproche en réalité est le fait que la Fédération de Russie n'aurait pas suffisamment élaboré son déclinatoire de compétence arbitrale. Pourtant, l'allégation formulée par Oschadbank quant à une prétendue renonciation par la Fédération de Russie ne saurait être retenue, premièrement parce que les conditions posées par l'article 1466 du CPC ne sont pas réunies (**sous-section 1**), deuxièmement, parce qu'Oschadbank fait dire à l'article 1466 du CPC ce qu'il ne dit pas (**sous-section 2**) et, troisièmement, parce que l'article 1466 du CPC est en toute hypothèse inapplicable dans l'hypothèse où la partie qui invoque l'irrégularité n'a pas participé à l'arbitrage (**sous-section 3**).

²⁶⁷ Conclusions d'Oschadbank en date du 15 décembre 2020, § 151.

²⁶⁸ Parmi la jurisprudence constante et abondante, v. par ex. CA Paris 24 juin 1997, *Highlight Communications International AG c/ Europex*, Rev. Arb. 1997, 588 obs. D. Bureau (**pièce FRJ-22**). Sur la question en général, L. Cadiet, « La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale », Rev. arb., 1996.3 (**pièce FRJ-23**).

²⁶⁹ Consultation du Professeur Yves-Marie Serinet en date du 15 juin 2020, § 59 (**pièce FR-31**).



Sous-section 1 – Les conditions d’une renonciation de l’article 1466 du CPC ne sont pas réunies en l’espèce

324. A tout le moins deux des conditions exigées pour la renonciation qui sont l’abstention (§1) et la connaissance (§2) ne sont pas réunies en l’espèce.

§1 La Fédération de Russie a soulevé l’incompétence du tribunal arbitral et Oschadbank l’a même reconnu

325. Bien que la Fédération de Russie n’ait pas participé à la procédure arbitrale, elle a promptement contesté la compétence de arbitres. Elle l’a fait notamment dans une lettre de son Ministère de la Justice du 13 mai 2016²⁷⁰, qui souligne l’incompétence arbitrale et le fait que les conditions d’application du TBI ne sont pas réunies dans des termes d’une parfaite clarté :

« It is manifest that such claims cannot be considered under the Agreement mentioned above and, therefore, the Agreement cannot serve as a basis for composing an arbitral tribunal to settle this claim.

According to Clause 1 of Article 1 of the Agreement, the term “investments” means all kinds of assets and intellectual values, which are invested by an investor of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party in conformity with its laws. The assets being the subject of dispute are located in the territory of the Republic of Crimea and the city of Sevastopol which were earlier part of Ukraine. The Bank’s assets do not constitute investments, since they were not invested in the territory of the Russian Federation, and, even if they occurred, they were made before accession of the Republic of Crimea and the city of Sevastopol to the Russian Federation and not in conformity with the legislation of the Russian Federation. These assets have not been earlier subject to taxation under the legislation of the Russian Federation and have not contributed to the development of the economy of the Russian Federation.

On the basis of the abovementioned the Russian Federation does not recognize the jurisdiction of an international tribunal at the Permanent Court of Arbitration in settlement of the abovementioned claim ».

326. Par cette lettre, la Fédération de Russie a contesté notamment la compétence territoriale, matérielle (absence d’investissement), ainsi que temporelle. S’agissant

²⁷⁰ Lettre du Ministère de la Justice de la Fédération de Russie du 13 mai 2016 (pièce FR-2).



des griefs d'incompétence, dont Oschadbank allègue la renonciation, il suffira de remarquer que, s'agissant de l'absence d'investissement d'Oschadbank au sens du TBI, le courrier de la Fédération de Russie cite explicitement l'article 1(1) du TBI. Il est dès lors impossible de soutenir, comme le fait Oschadbank, que la Fédération de Russie n'aurait pas contesté la compétence *ratione materiae* du tribunal²⁷¹.

327. S'agissant de la contestation de la compétence *ratione temporis*, le comportement procédural d'Oschadbank est à tout le moins déloyal, ce qui entraîne l'irrecevabilité de sa prétention en vertu de la règle de l'estoppel. Oschadbank affirme dans ses conclusions du 15 décembre 2020 qu' « aucune de ces objections [contenues dans la lettre du 13 mai précitée] ne porte sur l'application *ratione temporis* du TBI »²⁷². Oschadbank avait pourtant soutenu l'exact contraire à peine quelques semaines plutôt. En effet, dans son premier mémoire dans le recours en révision, Oschadbank avait affirmé concernant le grief d'incompétence tiré du fait que le prétendu investissement était antérieur au 1^{er} janvier 1992 :

« 50 In its correspondence of 13 May 2016, the Respondent [la Fédération de Russie] disputed, inter alia, the Tribunal's jurisdiction ratione temporis. In particular, the Respondent argued:

The Bank's assets do not constitute investments, since they were not invested in the territory of the Russian Federation, and, even if they occurred, they were made before accession of the Republic of Crimea and the city of Sevastopol to the Russian Federation and not in conformity with the legislation of the Russian Federation. [...]

*51. The argument that the Respondent now makes in its Application is a slight variation of the contention made in its 13 May 2016 letter, and in substance concerns the same question »*²⁷³.

328. Oschadbank ne s'est pas limitée à reconnaître, dans le cadre du recours en révision, que la Fédération de Russie a contesté la compétence *ratione temporis* du tribunal arbitral, elle a également affirmé aux arbitres que la Cour d'appel de Paris, dans le cadre de la présente instance, trancherait le déclinatoire de la Fédération de Russie tiré de la date de l'investissement en vertu de l'article 12 du TBI :

« In deciding the Respondent's application, the Paris Court of Appeal will review de novo the issue of the Tribunal's jurisdiction

²⁷¹ Conclusions d'Oschadbank en date du 15 décembre 2020, § 193.

²⁷² Conclusions d'Oschadbank en date du 15 décembre 2020, § 140.

²⁷³ Réponse d'Oschadbank en date du 25 septembre 2019 dans le recours en révision de la Sentence, §§ 50-51 (pièce FR-25).



and will deal with the Respondent's arguments based on the alleged dates of acquisition of the Crimean assets »²⁷⁴.

329. C'est cela qui a permis à Oschadbank d'obtenir le sursis à statuer du recours en révision, le tribunal arbitral ayant précisément fondé sa décision de suspendre le recours en révision sur le fait que la Cour d'appel de Paris se prononcerait sur ce grief d'incompétence :

« The Tribunal accepts the Claimant's [Oschadbank's] position that, notwithstanding the fact that the two proceedings are based on different Articles of the French Code of Civil Procedure, the Paris Court of Appeal is certain to address the same ultimate issue as has been presented to this Tribunal. The Parisian Court of Appeal will also likely conduct a full review of the jurisdiction issue »²⁷⁵. (souligné par nous)

330. Oschadbank ne peut pas faire machine arrière maintenant : elle ne peut pas sans se contredire affirmer que la Fédération de Russie n'a pas soulevé l'incompétence *ratione temporis* et que le grief d'annulation fondé de cette incompétence n'est pas recevable devant la Cour de céans, puisque ce faisant Oschadbank se trouve en situation d'*estoppel*, ce que le Professeur Serinet exprime en des termes d'une parfaite clarté :

« Il est permis en l'occurrence de considérer que les positions contradictoires de la société Oschadbank exprimées lors des différents recours formés à l'encontre de la Cour Permanente d'Arbitrage rendue le 26 novembre 2018 à Paris ont nui à la Fédération de Russie en différant l'examen de son recours en révision.

Sauf à ce que soit consacrée une déloyauté procédurale, il revient donc à la cour d'appel de Paris de déclarer irrecevable le moyen d'irrecevabilité du recours en annulation déduit de l'article 1466 du code de procédure civile »²⁷⁶.

331. En définitive, la Fédération de Russie a généralement contesté la compétence du tribunal arbitral et a aussi spécifiquement contesté la compétence matérielle et temporelle du TBI. S'agissant de cette dernière, Oschadbank l'a expressément reconnu avant de tenter de faire machine arrière. Mais même dans l'hypothèse où la Fédération de Russie n'aurait pas contesté la compétence *ratione temporis* au cours de l'arbitrage, elle ne pourrait être considérée y avoir renoncé dès

²⁷⁴ Duplique d'Oschadbank en date du 25 novembre 2019 dans le recours en révision de la Sentence, § 11 (pièce FR-27).

²⁷⁵ Décision de sursis à statuer désignée *Decision to stay consideration of respondent's application for revision and claimant's application for security for costs* en date du 23 décembre 2019, § 24 (pièce FR-30).

²⁷⁶ Consultation du Professeur Yves-Marie Serinet en date du 25 juin 2020, §§ 90-91 (pièce FR-31).

lors qu'elle a appris seulement après l'arbitrage qu'Oschadbank a acquis la Succursale en Crimée avant le 1^{er} janvier 1992.

§2 La Fédération de Russie ignorait qu'Oschadbank avait acquis la Succursale en Crimée avant le 1^{er} janvier 1992

332. En admettant par extraordinaire qu'il puisse être considéré que la Fédération de Russie n'a pas contesté la compétence *ratione temporis* du tribunal arbitral, cela ne saurait entraîner l'application de l'article 1466 du CPC, dès lors que ce n'est qu'après la reddition de la Sentence qu'elle a appris que la Succursale en Crimée a été acquise avant le 1^{er} janvier 1992, ce qui l'exclut du champ d'application du TBI en vertu de son article 12. En effet, l'article 1466 du CPC n'est susceptible d'entraîner la renonciation que lorsque l'irrégularité n'a pas été soulevée par la partie à laquelle celle-ci faisait grief, « *en connaissance de cause et sans motif légitime* », ce dont il résulte que la renonciation est exclue lorsque l'irrégularité était inconnue.

333. La condition de connaissance est consubstantielle à la renonciation puisqu'on ne peut pas renoncer à quelque chose qu'on ignore, ce qui se traduit par le fait qu'il « *ne saurait naturellement être reproché à une partie de ne pas avoir soulevé devant le Tribunal Arbitral un grief qu'elle a découvert après le prononcé de la sentence* »²⁷⁷.

334. La circonstance qui a permis à la Fédération de Russie d'avoir la connaissance effective que le prétendu investissement d'Oschadbank est antérieur au 1^{er} janvier 1992, et donc exclu du champ temporel de protection du TBI, est la découverte dans les Archives à Kiev des documents produits dans la présente instance aux **pièces FR-5, FR-8, FR-9 et FR-13**, découverte qui a eu lieu en juin 2019, soit postérieurement à la Sentence qui a été rendue le 26 novembre 2018. Les recherches, conduites pendant plusieurs mois, qui ont abouti à cette découverte sont décrites de façon détaillée par Monsieur Andrey Kondakov dans sa déclaration de témoin²⁷⁸.

335. Cette découverte postérieure à la Sentence, qui a résulté en l'introduction du recours en révision devant le tribunal arbitral le 19 août 2019²⁷⁹, exclut une quelconque renonciation en l'espèce : comment la Fédération de Russie aurait pu soulever avant ou pendant l'arbitrage un grief dont elle n'a eu connaissance qu'après le rendu de la Sentence²⁸⁰ ?

²⁷⁷ P. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, p. 942, para 1606 (**pièce FRJ-24**).

²⁷⁸ Déclaration de témoin Andrey Kondakov en date du 25 octobre 2019 et documents annexés numérotés AK-1 à AK-10 (**pièce FR-40**).

²⁷⁹ Recours en révision de la Sentence formé par la Fédération de Russie le 19 août 2019 (**pièce FR-24**).

²⁸⁰ Consultation du Professeur Yves-Marie Serinet en date du 25 juin 2020, §§ 71-76 (**pièce FR-31**).

336. D'ailleurs, la Fédération de Russie a été particulièrement diligente car dès qu'elle a appris que la Succursale en Crimée avait été acquise par Oschadbank avant le 1^{er} janvier 1992, elle n'a pas manqué de soulever cette cause d'incompétence devant le tribunal arbitral lui-même en formant le recours en révision précité.

Sous-section 2 – Oschadbank fait dire à l'article 1466 du CPC ce qu'il ne prévoit pas

337. Il a été démontré dans la sous-section précédente que la Fédération de Russie avait bel et bien contesté la compétence des arbitres en invoquant les moyens d'incompétence dont elle était au courant dès le début de la procédure arbitrale et qu'il ne peut pas lui être reproché de ne pas avoir invoqué les moyens d'incompétence qu'elle ignorait et qu'elle n'a appris qu'après que la Sentence a été rendue.

338. Oschadbank suggère que cela ne serait pas suffisant et que la Fédération de Russie aurait dû détailler sa contestation de la compétence arbitrale encore davantage. Oschadbank, se référerait jusqu'à présent à l'arrêt du 2 avril 2019 rendu par la Cour de céans dans l'affaire *Schooner*²⁸¹ et se fonde désormais sur l'arrêt de cassation rendu le 2 décembre 2020²⁸². Elle soutient que les conditions de l'article 1466 du CPC seraient réunies en l'espèce parce que les objections d'incompétence soulevées devant la Cour de céans seraient « *d'une nature totalement différente de celle[s] soulevée[s] devant les arbitres* »²⁸³.

339. Outre que la lettre, parfaitement claire, de l'arrêt rendu le 2 décembre 2020 par la Cour de cassation est manifestement contraire à la lecture qu'en fait Oschadbank²⁸⁴, cette dernière omet en tout état de cause d'indiquer que celui-ci a été rendu dans un cas de figure différent de celui de la présente instance.

340. Dans l'affaire *Schooner*, un recours en annulation avait été formé contre une sentence arbitrale d'incompétence favorable à la République de Pologne, le recourant (prétendu investisseur) reprochant aux arbitres de s'être déclarés à tort incompétents, alors que leur compétence était caractérisée sur un fondement – en particulier la clause de la nation la plus favorisée contenue dans le TBI – que le demandeur à l'arbitrage (prétendu investisseur) n'avait pas soulevé. Le demandeur

²⁸¹ CA Paris, Pôle 1, ch. 1, 2 avril 2019, *Schooner Capital LLC et autres c/ République de Pologne*, RG 16/24358 (pièce FRJ-21).

²⁸² Cass. civ. 1^{re}, 2 décembre 2020, *Schooner Capital LLC et autres c/ République de Pologne*, pourvoi n° 19-15.396, (pièce Oschadbank RJ-71).

²⁸³ Conclusions d'Oschadbank du 15 décembre 2020, § 146.

²⁸⁴ On rappellera que la Cour de cassation admet sans équivoque que « *de nouveaux moyens et arguments* » soient développés devant le juge de l'annulation au soutien de l'incompétence antérieurement soulevée devant les arbitres (cf. *supra* § 320). – Cass. civ. 1^{re}, 2 décembre 2020, *Schooner Capital LLC et autres c/ République de Pologne*, pourvoi n° 19-15.396, (pièce Oschadbank RJ-71).



à l'arbitrage reprochait donc au tribunal arbitral de ne pas avoir trouvé un fondement à sa compétence qu'il n'avait pas lui-même invoqué.

341. On remarque d'emblée à quel point l'affaire *Schooner* est différente de celle dont la Cour est ici saisie. Comme l'indique le Professeur Boucobza, dans l'arbitrage d'investissement, « *il appartient à l'investisseur qui souhaite invoquer le bénéfice d'un Traité de protection des investissements de rapporter la preuve qu'il peut effectivement en bénéficier* » et « *il n'appartient pas à l'État d'invoquer des éléments de faits qui contrediraient cette application* »²⁸⁵.

342. En l'espèce, c'est bien au demandeur de prouver précisément le consentement d'un État à l'arbitrage, celui-ci ne se présument pas²⁸⁶, et non pas à l'État de justifier pour quelles raisons il n'a pas donné son consentement à l'arbitrage en apportant dans le détail toutes les raisons pour lesquelles il n'a pas donné son consentement à l'arbitrage. L'État peut bien évidemment le faire, mais ce n'est pas une obligation et on ne peut tirer d'une contestation non étayée une renonciation de sa part.

343. Cette différence a été relevée également par le Professeur Serinet :

*« La présente situation est différente [de celle de l'arrêt Schooner]. Il n'appartenait pas à l'État défendeur, qui plus est défaillant, d'invoquer les éléments susceptibles de contredire l'application du TBI sur les différentes conditions déterminant la compétence du tribunal arbitral. Dès lors, aucune renonciation ne saurait donc lui être imputée à cet égard »*²⁸⁷.

344. La Cour de céans l'a affirmé clairement dans la configuration de la présente affaire, différente de celle de l'affaire *Schooner*, où il était reproché aux arbitres de s'être déclarés à tort compétents sur le fondement d'un TBI. Ainsi, dans l'affaire *Nreka*, la République Tchèque reprochait aux arbitres de s'être reconnus à tort compétents aussi pour des raisons non avancées et non discutées au cours de l'arbitrage. L'investisseur soutenait que le grief d'annulation était irrecevable au motif que, en raison de l'absence d'invocation au cours de l'arbitrage, l'État y avait renoncé. La Cour de céans a rejeté cette fin de non-recevoir en employant des termes d'une extrême clarté :

« Considérant que la cour, au titre de son appréciation du sens et de la portée de la convention d'arbitrage constituée par les dispositions ci-dessus du TBI, conduit un examen indépendant, en fait et en droit, des moyens et arguments des parties, qu'il importe peu à cet égard, contrairement à ce que plaident la République tchèque ou M. Pren Nreka sur le jeu de la règle d'estoppel, que les arguments évoqués dans la procédure d'annulation



²⁸⁵ Consultation du Professeur Xavier Boucobza du 24 octobre 2019, § 63 (pièce FR-32).

²⁸⁶ V. *supra* §§ 96 et s.

²⁸⁷ Consultation du Professeur Yves-Marie Serinet en date du 25 juin 2020, § 70 (pièce FR-31).

concernant l'absence de convention d'arbitrage l'aient été devant les arbitres à partir du moment où l'exception d'incompétence a été soulevée au cours de la procédure arbitrale, car il n'est pas possible d'induire du fait qu'un argument n'ait pas été précédemment évoqué devant les arbitres l'acceptation de leur compétence par la recourante »²⁸⁸. (souligné par nous)

345. Il n'est pas possible de considérer que l'arrêt *Schooner* rendu par la Cour de céans revient sur cette solution. D'ailleurs, aucun des commentateurs de l'arrêt du 2 avril 2019 ne l'a considéré²⁸⁹. Une telle solution est parfaitement conforme à la conception du principe *compétence-compétence* suivie par le droit français de l'arbitrage et un auteur souligne que :

*« dès lors que la prétention – l'exception d'incompétence – a été soulevée devant les arbitres et est recevable pour avoir été soulevée in limine litis, il est possible devant le juge du recours ouvert contre la sentence que des « arguments », c'est-à-dire des moyens nouveaux, lui soient soumis »*²⁹⁰.

346. Mais il y a plus : la prétendue « jurisprudence » *Schooner* de la Cour d'appel de Paris se révèle incompatible avec la jurisprudence la plus récente de la Cour de cassation si bien que, en admettant même qu'il faille interpréter l'arrêt *Schooner* comme proposé par Oschadbank, force est de constater qu'il ne correspond pas au droit positif. En effet, dans un arrêt *Antrix* du 4 mars 2020, la Cour de cassation a cassé un arrêt d'appel, qui avait déclaré un grief d'annulation de constitution irrégulière du tribunal arbitral irrecevable sur le fondement de l'article 1466 du CPC, en considérant que :

« En statuant ainsi, alors que l'invocation par la société Antrix, devant le tribunal arbitral, du caractère pathologique de la clause prévoyant une procédure d'arbitrage conduite conformément aux règles et procédures de la CCI ou de la CNUDCI emportait nécessairement contestation de la régularité de la composition du tribunal arbitral, constitué sous l'égide de la CCI, dès lors que l'option alternative du choix des règles de la CCI offerte par la clause impliquait un arbitrage ad hoc, exclusif d'un arbitrage institutionnel, de sorte que l'argumentation soutenue devant le juge de l'exequatur, selon



²⁸⁸ CA Paris, 25 septembre 2008, *République Tchèque c/ Nreka*, Rev. arb. 2009, 337, note I. Fadlallah, (Pièce FRJ-25). Sur cet arrêt, Consultation du Professeur Yves-Marie Serinet en date du 25 juin 2020, § 61 (pièce FR-31).

²⁸⁹ Cf. J. Jourdain-Marques, obs. dans Dalloz actualité 17 avril 2019 (Pièce FRJ-26).

²⁹⁰ M. Boucaron-Nardetto, Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage, thèse, préf. J-B. Racine, PUAM 2013, § 704 (pièce FRJ-27),

laquelle la clause d'arbitrage viserait un arbitrage ad hoc sans intervention de la CCI dans la désignation du tribunal arbitral, n'était pas contraire à celle développée devant celui-ci, la cour d'appel a violé les textes susvisés »²⁹¹.

347. La Cour de cassation a donc refusé de voir une renonciation dans un cas où le grief (de constitution irrégulière du tribunal arbitral) se déduisait indirectement de la contestation du caractère pathologique de la clause compromissaire. Par définition, le grief n'était pas « *concrètement articulé* » comme l'exigeait l'arrêt *Schooner*, mais la renonciation n'est pas retenue, si bien qu'en admettant qu'un moyen relevant d'un cas d'ouverture permette de contourner la renonciation pour un autre cas d'ouverture, la Cour de cassation a d'ores et déjà désapprouvé l'interprétation que la Cour d'appel a donnée de l'article 1466 du CPC²⁹². Dans la suite logique de la contradiction mise en évidence dès le mois de juin 2020 par le Professeur Serinet, la Cour de cassation a cassé l'arrêt *Schooner* en confirmant l'absence de renonciation²⁹³.

348. A cela s'ajoute enfin que l'article 1466 du CPC ne s'applique d'ailleurs pas à l'encontre de la partie qui n'a pas participé à la procédure arbitrale.

Sous-section 3 – L'article 1466 CPC n'interdit pas à une partie qui n'a pas participé à l'instance arbitrale d'invoquer l'irrégularité

349. Enfin et quoi qu'il en soit, il est acquis que l'article 1466 du CPC ne saurait être invoqué à l'encontre de la partie qui n'a pas participé à l'instance arbitrale, laquelle dispose toujours du droit d'invoquer l'incompétence du tribunal arbitral au stade du recours en annulation contre la sentence par laquelle les arbitres se sont déclarés compétents. Le Professeur Serinet considère que :

« Parmi les exceptions à l'application de l'article 1466 du code de procédure civile figure, au premier chef, une exception qui s'impose d'elle-même : il s'agit du défaut du défendeur.

La partie défaillante à la procédure d'arbitrage garde donc la possibilité d'invoquer devant le juge de l'annulation les griefs justifiant la nullité de la sentence sans que la règle de la



²⁹¹ Cass. civ. 1^{re}, 4 mars 2020, *Antrix Corporation Limited c/ Devas Multimedia Private Limited*, pourvoi n° 18-22019, (pièce **FRJ-28**).

²⁹² Consultation du Professeur Yves-Marie Serinet en date du 25 juin 2020, § 62 qui démontre que l'arrêt *Antrix* « *contredit logiquement le raisonnement suivi dans l'arrêt Schooner.* » (pièce **FR-31**).

²⁹³ Cass. civ. 1^{re}, 2 décembre 2020, *Schooner Capital LLC et autres c/ République de Pologne*, pourvoi n° 19-15.396, (pièce **Oschadbank RJ-71**).

renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure ne puisse lui être opposée »²⁹⁴.

350. Dans le même sens, le Professeur Eric Loquin considère que :

« la règle ne peut être qu'approuvée. L'absence de cette partie ne peut exprimer la volonté implicite de renoncer à invoquer de tels griefs, bien au contraire. Il en est de même sur le terrain de l'estoppel. Aucune contradiction ne peut être tirée du silence gardé par la partie absente »²⁹⁵.

351. Cette solution, liée à l'obligation de l'arbitre de vérifier sa propre compétence et le consentement à l'arbitrage²⁹⁶, a été consacrée par la Cour de céans, laquelle a considéré que la partie qui n'a pas participé à la procédure arbitrale n'a pas renoncé à rechercher l'annulation de la sentence au motif que les arbitres se sont reconnus à tort compétents :

« Considérant que la société KfW soutient que les griefs qu'INVERRAZ présente devant cette Cour doivent être déclarés irrecevables pour n'avoir pas été soulevés devant les arbitres ;

Considérant qu'en réponse à la demande d'arbitrage formée par KfW auprès de la Chambre de commerce international en décembre 2005, INVERRAZ a formulé des objections relatives à l'existence d'une convention d'arbitrage ; qu'en application de l'article 6 (2) du règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce international, la Cour internationale d'arbitrage a décidé que l'arbitrage aurait néanmoins lieu et que les arbitres se prononceraient sur leur compétence ; qu'INVERRAZ a alors fait connaître sa décision de ne pas participer à la procédure ; que l'acte de mission a été arrêté et le tribunal constitué, conformément aux dispositions du règlement d'arbitrage, en dépit de l'abstention d'INVERRAZ ;

Considérant qu'INVERRAZ n'ayant à aucun moment participé à la procédure d'arbitrage, il ne peut lui être fait grief de n'avoir



²⁹⁴ Consultation du Professeur Yves-Marie Serinet en date du 25 juin 2020, §§ 34-35 (pièce FRJ-31).

²⁹⁵ E. Loquin, J.-Cl. Procédure civile, fasc. 1036, Arbitrage. Instance arbitrale, procédure devant les arbitres, 2015, n° 126 (pièce FRJ-29).

²⁹⁶ Sur cette obligation des arbitres, v. *infra* §§ 417 et s.

pas soulevé devant les arbitres les moyens qu'elle présente devant la Cour »²⁹⁷.

352. Il est certain que cette solution est toujours de droit positif dès lors que par un arrêt du 21 mai 2019, la Cour d'appel de Paris a considéré sans ambiguïté et au visa de l'article 1466 du CPC que :

« la renonciation d'une partie à soulever une irrégularité doit s'apprécier au vu de son comportement au cours de la procédure d'arbitrage. En l'espèce, MM. D... et K... n'ont pris aucune part à l'instance arbitrale. Il ne saurait se déduire de leur défaillance qu'ils aient renoncé à invoquer l'incompétence du tribunal arbitral. Le moyen est donc recevable. »²⁹⁸. (souligné par nous)

353. Il résulte de tout cela que la Fédération de Russie, ayant soulevé et maintenu son exception d'incompétence tout en décidant de ne pas participer à l'instance arbitrale, n'a donc nullement renoncé à soulever l'incompétence des arbitres dans le présent recours en annulation. Le Professeur Yves-Marie Serinet démontre en effet, au terme de sa consultation en date du 25 juin 2020, que :

« – La renonciation présumée sur le fondement de l'article 1466 du code de procédure civile qu'Oschadbank entend opposer à la Fédération de Russie ne remplit pas les conditions posées par ce texte.

D'une part, il est fait exception à la règle de l'article 1466 du code de procédure civile tirée en cas de défaut du défendeur ainsi que l'a énoncé la cour d'appel de Paris dans une décision en date du 21 janvier 2010 puis dans un arrêt, postérieur à la réforme du droit de l'arbitrage instaurant l'article 1466 du code de procédure civile, en date du 21 mai 2019.

D'autre part, la Fédération de Russie a, dès le 13 mai 2016, expressément contesté la compétence du tribunal arbitral et ce, ante litis, avant la constitution du tribunal arbitral. Elle a tout spécialement nié, sur le fondement de l'article 1, § 1 du TBI qu'Oschadbank puisse se prévaloir d'un investissement au sens de cette disposition du traité.

Enfin, le motif d'incompétence ratione temporis invoqué au titre du recours en annulation de la sentence arbitrale a été découvert par la Fédération de Russie postérieurement à la reddition de la



²⁹⁷ CA Paris, Pôle 1, Ch. 1, 21 janvier 2010, *Société Inversiones Errazuriz Limitada SA c/ société Kreditanstalt für Wiederaufbau*, Rev. arb. 2010, 339, note approb. F.-X. Train (pièce FRJ-30). Consultation du Professeur Yves-Marie Serinet en date du 25 juin 2020, §§ 45-460 (pièce FR-31).

²⁹⁸ CA Paris, Pôle 1, Ch. 1, 21 mai 2019, *Messieurs D. et K. c/ société Subway International BV*, RG n° 17/07210 (pièce FRJ-31). V. Consultation du Professeur Yves-Marie Serinet en date du 25 juin 2020, §§ 48-49 (pièce FR-31).

sentence. À supposer qu'une abstention soit imputable à la Fédération de Russie, cette abstention n'a pu intervenir « en connaissance de cause ».

– A l'occasion du recours en révision formé par la Fédération de Russie le 19 août 2019 à l'encontre de la sentence arbitrale rendue en France le 26 novembre 2018, Oschadbank a soutenu une position radicalement contraire à celle qu'elle développe devant la cour d'appel de Paris saisie du recours en annulation formé à l'encontre de cette même sentence. Par conséquent l'estoppel rend Oschadbank irrecevable à invoquer devant le juge de l'annulation, l'irrecevabilité du recours en annulation déduit de l'article 1466 du code de procédure civile »²⁹⁹.

354. C'est en revanche Oschadbank laquelle, par son comportement procédural déloyal, a commis une fraude qui entraîne l'annulation de la Sentence aussi sur le fondement de l'ordre public international.



²⁹⁹ Consultation du Professeur Yves-Marie Serinet en date du 25 juin 2020, p. 22 (pièce FR-31).

CHAPITRE 2 – LA FRAUDE PROCEDURALE COMMISE PAR OSCHADBANK CARACTERISE LA VIOLATION DE L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL

355. Comme indiqué précédemment, la Fédération de Russie a introduit le 19 août 2019 un recours en révision de la Sentence devant le tribunal arbitral en application de l'article 1502 du CPC en raison de la découverte dans les Archives à Kiev de documents internes à la Banque qui attestent que le prétendu investissement d'Oschadbank a, en toute hypothèse, été réalisé avant le 1^{er} janvier 1992, ce qui exclut l'application du TBI en vertu de son article 12. Ces mêmes faits sont également susceptibles d'entraîner l'annulation de la Sentence comme la Cour de cassation l'a affirmé dans l'affaire *Westman* en réponse à un pourvoi qui soutenait que seul le recours en révision était ouvert :

« La fraude procédurale, si elle est de nature à rendre possible, exceptionnellement, la rétractation d'une sentence arbitrale qui en est affectée peut aussi être sanctionnée au regard de l'ordre public international de procédure de sorte que demeure ouvert le recours en annulation prévu par l'article 1502.5° du nouveau Code de procédure civile [aujourd'hui article 1520 5° du CPC] »³⁰⁰.

356. La solution n'a pas été remise en cause par le décret du 13 janvier 2011³⁰¹, si bien que la fraude procédurale commise par Oschadbank pourra être sanctionnée par la Cour de céans au titre de la non-conformité à l'ordre public international.

357. L'objet de ce chapitre n'est pas de démontrer à nouveau que les conditions de protection *ratione temporis* du TBI n'étaient pas réunies et que le tribunal s'est reconnu à tort compétent³⁰². Il s'agit ici de remarquer que le fait pour Oschadbank d'avoir caché des documents au tribunal arbitral et d'avoir omis de le renseigner sur la date de son prétendu investissement (l'acquisition et l'exploitation de la



³⁰⁰ Cass. civ. 1^e, 19 décembre 1995, *Société Westman International Ltd v. société European Gaz Turbines*, pourvoi no. 93-20863 ; *Rev. Arb.* 1996, 49 note D. Bureau (**pièce FRJ-32**).

³⁰¹ Sur la coexistence du recours en révision et du recours en annulation sous l'empire du nouveau régime, v. notamment, J. Pellerin, « Le cas de la fraude », in E. Loquin, S. Manciaux (dir.), *L'ordre public et l'arbitrage*, CREDIMI vol. 42, LexisNexis 2014, p. 177 et s., spéc. § 3 « *le droit français propose un éventail de sanctions dirigées contre les auteurs de la fraude ou contre la sentence qui y est entachée, [...] Contre les sentences, plusieurs recours sont proposés par le droit de l'arbitrage : le recours en révision qui constitue la voie appropriée, le recours en annulation qui, dans le cadre des griefs, peut appréhender la fraude et la tierce opposition* » (**pièce FRJ-33**).

³⁰² Cf. *supra* §§ 119 et s.

Succursale en Crimée) constituent une fraude procédurale qui entraîne la nullité de la Sentence pour contrariété à l'ordre public international de procédure.

358. Pour s'en convaincre, il convient, d'une part, de décrire les conditions posées par la jurisprudence pour caractériser une fraude procédurale (**section 1**) et, d'autre part, de remarquer que ces conditions sont réunies (**section 2**).

Section 1 – Les conditions de la fraude procédurale en droit français de l'arbitrage

359. La fraude procédurale, comme celle dont Oschadbank s'est rendue coupable, est « *l'intention délibérée d'une partie à l'arbitrage de tromper l'arbitre afin de fausser sa décision* »³⁰³.

360. La définition jurisprudentielle de la fraude procédurale a été donnée par la Cour d'appel de Paris dans l'arrêt *Thales/Brunner*³⁰⁴, une des instances de l'affaire dite des Frégates de Taïwan. Selon la Cour :

« la fraude procédurale commise dans le cadre d'un arbitrage peut être sanctionnée au regard de l'ordre public international de procédure ; qu'elle suppose que des faux documents aient été produits, que des témoignages mensongers aient été recueillis ou que des pièces intéressant la solution du litige aient été frauduleusement dissimulées aux arbitres, de sorte que la décision de ceux-ci a été surprise ».

Et d'ajouter que :

« [ne peut] être utilement opposé le moyen tiré de la prohibition de la révision au fond des sentences, dès lors que la contestation porte précisément sur l'altération, par les manœuvres d'une partie, de l'appréciation des faits à laquelle se sont livrés les arbitres ».

361. La définition de la fraude procédurale est donc la même que celle retenue pour la révision³⁰⁵. Il en résulte que les consultations des Professeurs Boucobza et Serinet, ainsi que la déclaration de témoin de Monsieur Andrey Kondakov que la Fédération de Russie a produites dans le recours en révision de la Sentence sont

³⁰³ J. Pellerin, préc. § 1.

³⁰⁴ CA Paris, Pôle 1, Ch 1, 1^{er} juillet 2010, *Société Thalès v. société Brunner Sociedade Civil de Administracao Ltda et autres*, Rev. Arb. 2010, 856, note B. Audit ; L.C. Delanoy, « Les arrêts Frégates de Taïwan ou le nouveau théorème de Thalès », Cah. Arb. 2011, 754 (**pièce FRJ-34**).

³⁰⁵ En ce sens explicitement, J. Pellerin, préc. § 18.



tout à fait pertinentes pour permettre à la Cour de céans d'apprécier la fraude procédurale dans le recours en annulation³⁰⁶.

362. Trois conditions sont exigées : un élément matériel (des manœuvres comme la dissimulation de pièces), un élément intentionnel et le fait que la décision des arbitres ait été surprise, c'est-à-dire que les manœuvres aient été déterminantes de leur décision. Ces conditions sont réunies en l'espèce, comme le confirme le Professeur Xavier Boucobza dans sa consultation du 24 octobre 2019³⁰⁷.

Section 2 – Les conditions de la fraude procédurale sont remplies en l'espèce

363. La fraude procédurale d'Oschadbank réside en l'espèce dans le fait d'avoir omis de renseigner les arbitres sur la date de réalisation de l'investissement et d'avoir omis de produire des pièces décisives pour la solution du litige.

364. Concernant, le silence volontairement gardé par Oschadbank quant à la date de son investissement, le Professeur Boucobza considère :

« Si, dans un arbitrage d'investissement, l'investisseur garde sous silence des éléments décisifs quant à la date à laquelle avait été effectué l'investissement alors que cette date est déterminante pour savoir si le Traité de protection des investissements joue ou non, il apparaît possible de considérer qu'il s'agit d'une fraude au sens de l'article 595, alinéa 1, 1° du code de procédure civile. En effet, le silence gardé sur un élément que l'on sait pertinemment essentiel laisse présumer de l'intention de tromper le tribunal arbitral »³⁰⁸.

365. Concernant, la dissimulation des pièces retrouvées par la Fédération de Russie, le Professeur Boucobza observe :

« En l'espèce, OSCHADBANK détenait de manière certaine l'information relative à la date d'acquisition de la succursale de Crimée. Si cette date est effectivement antérieure au 1^{er} janvier 1992, il s'agit d'une pièce décisive retenue par le fait de l'une des parties. En effet, elle savait que cette date, caractérisant la réalisation de l'investissement allégué, était déterminante pour que le tribunal arbitral puisse apprécier en pleine connaissance de cause les conditions de sa propre compétence au regard de l'article 12 du TBI. OSCHADBANK aurait alors sciemment tu un élément de fait décisif pour le tribunal arbitral »³⁰⁹.



³⁰⁶ (Pièces FR-32, 40 et 41).

³⁰⁷ Consultation du Professeur Xavier Boucobza du 24 octobre 2019 (pièce FR-32).

³⁰⁸ Consultation du Professeur Xavier Boucobza du 24 octobre 2019, § 26 (pièce FR-32).

³⁰⁹ Consultation du Professeur Xavier Boucobza du 24 octobre 2019, § 30 (pièce FR-32).

366. Or, cette fraude procédurale d'Oschadbank a nécessairement eu une influence déterminante sur l'issue du litige :

« En l'espèce, il ne fait aucun doute que les éléments de fait nouvellement découverts par la FEDERATION DE RUSSIE sont déterminants de la solution adoptée par le tribunal arbitral. L'application de l'article 12 du TBI selon lequel « le présent accord s'applique à tous les investissements effectués par les investisseurs d'une partie contractante sur le territoire de l'autre partie contractante à compter du 1^{er} janvier 1992 » définit en effet le champ d'application temporel du traité et s'avère donc décisif pour la détermination de la compétence même du tribunal arbitral.

Or, la question de la compétence du tribunal arbitral est une question préalable qui détermine nécessairement le sort de la sentence arbitrale »³¹⁰.

367. La consultation du Professeur Xavier Boucobza et l'analyse de la jurisprudence française que celui-ci présente démontrent que l'argument d'Oschadbank selon lequel « les pièces n'étaient pas décisives pour déterminer la compétence du Tribunal arbitral sur le fondement de l'article 12 du TBI »³¹¹ ne saurait être retenu.

368. La façon dont la Fédération de Russie a découvert, au cours des recherches menées pour la préparation des premières conclusions dans le présent recours en annulation, qu'Oschadbank avait acquis et exploité la Succursale en Crimée dès avant le 1^{er} janvier 1992 est décrite de façon détaillée et documentée par Monsieur Andrey Kondakov dans sa déclaration de témoin en date du 25 octobre 2019³¹², ce qui établit que les informations et documents dissimulés n'étaient connus ni de la Fédération de Russie, ni du tribunal arbitral.

369. Il n'est pas inutile de reproduire un extrait (pages 3 à 5) du témoignage de Monsieur Kondakov dans les présentes conclusions :

« Soon after the Award was rendered, the Centre was instructed by the Ministry of Justice of the Russian Federation to organize the defense of the State, and selected the law firm Foley Hoag to initiate set aside proceedings against the award before the Paris Court of appeal and to request a stay of the enforcement. The first meeting I had in Paris with Foley Hoag's attorneys was on 8 February 2019. It is during this meeting that the issue of the date



³¹⁰ Consultation du Professeur Xavier Boucobza du 24 octobre 2019, §§ 50-51 (pièce FR-32).

³¹¹ Conclusions d'Oschadbank en date du 15 décembre 2020, §§ 268 et s.

³¹² Déclaration de témoin Andrey Kondakov en date du 25 octobre 2019 et documents annexés numérotés AK-1 à AK-10 (pièce FR-40).

of the making of the investment by Oschadbank through the acquisition of the Crimean Branch was first discussed.

At a subsequent meeting on 2 March 2019, Foley Hoag informed us that they could not have obtained the answer to this question by the sole analysis of the arbitration file and, therefore, that it was necessary to proceed to further research with the assistance of lawyers in Russia. The Centre and the Ministry of Justice identified the law firm Monastyrsky, Zyuba, Stepanov & Partners in Moscow ("MZS"). After an initial contact with MZS and required State authorization obtained, an engagement letter was signed around the beginning of April 2019.

*On 2 April 2019, the first question from Foley Hoag was transferred through the Centre to MZS in the form of a one-page document (exhibit AK-1) indicating that the issue to be investigated by MZS "relates to the creation of the Crimean Branch of Oschadbank and the determination of its date. One of the potential set aside ground in the French proceedings is the lack of jurisdiction *ratione temporis* in case the investment was made before 1 January 1992."*

On 10 April 2019, MZS sent the first results of the investigation, highlighting that the researches were not conclusive and additional investigation, including research that could have been conducted by Ukrainian lawyers, was necessary. MZS "pre-investigation assessment report" is attached as exhibit AK-2, and is partially redacted given that the document also related to other matters than the investigation concerning the Oschadbank matter.

After MZS's initial findings, which were not conclusive, further discussions took place during a conference call held on 12 April 2019. On 19 April 2019, after carrying out additional investigation that proved not to be conclusive, MZS sent a message indicating:

"As the next step, we propose instructing Ukrainian lawyers to search their archives. According to public sources (<http://tsdavo.gov.ua/4/stocks/62571197/>) relevant documents should be held in Kiev in the Central State Archive of Main Executive and Management Bodies of Ukraine (Центральний державний архів вищих органів влади та управління України) the address is: 03110, м. Київ-110, вул. Солом'янська, 24. The task for the Ukrainian counsel would be to search for "any confirmation or evidence that the Ukrainian Republican Bank of Sberbank of USSR conducted banking activity in Crimea during the period of its existence from 1987 to 1991. Any document mentioning Crimea in general or its towns would therefore be



relevant”. – *But I suppose [Foley Hoag] is in the position to formulate the request more accurately.*” (exhibit AK-3).

On the same day, Foley Hoag commented noting that indeed the missing element was to know when the Crimean Branch was transferred from the State of Ukraine to a “separate legal (commercial) entity” (exhibit AK-4).

As a consequence of this, the Centre decided to involve counsel in Ukraine to carry out the additional investigation needed and, on 26 April 2019, we introduced a Ukrainian law firm, which name I cannot disclose, to Foley Hoag which sent the request for investigation on 29 April 2019 (exhibit AK-5).

On 17 May 2019, the Ukrainian law firm sent an e-mail indicating that “as we anticipated, there are not many documents in the open sources specifically referring to activities of Oschadbank in Crimea. For relevant documents, if they are still needed, one should probably look in the National Bank of Ukraine and/or archive institutions” (exhibit AK-6).

Given that the information and documents gathered by the Ukrainian law firm were not yet conclusive for the investigation, on 27 May 2019, Foley Hoag suggested this law firm to access the Central State Archive of Main Executive and Management Bodies of Ukraine (the ‘Central State Archive’) for further research (exhibit AK-7). On 7 June 2019, a request to access the Central State Archive was made (exhibit AK-8).

On 27 June 2019, the Ukrainian law firm indicated that they “managed to get access to certain documents relating to the transformation of the Soviet Ukrainian Oschadbank to Ukrainian bank and [that they will] be able to provide [...] with relevant summary of our findings on Monday” (exhibit AK-9).

Eventually on 1 July 2019, the Centre and Foley Hoag received the transmission of the documents gathered by the Ukrainian law firm in the Central State Archive, which included the documents produced in these proceedings as exhibits RE-1, RE-2, RE-3 and RE-4³¹³ (exhibit AK-10). »

370. L’explication des investigations poussées qui ont été nécessaires à la Fédération de Russie pour trouver les documents établissant que la Succursale en Crimée – le prétendu investissement d’Oschadbank – avait été acquise et exploitée

³¹³ Les pièces de RE-1 à RE-4 dans le recours en révisions sont les pièces **FR-5, FR-8, FR-9 et FR-13** dans la présente instance.



avant le 1^{er} janvier 1992, montre que les informations n'étaient pas facilement accessibles et n'étaient pas à la disposition du tribunal arbitral.

371. Le comportement d'Oschadbank confirme de plus fort que ces documents et informations ont été volontairement dissimulés au tribunal arbitral. Ainsi que cela a été indiqué précédemment, Oschadbank a produit au cours de l'arbitrage le Règlement intérieur de la Succursale en Crimée³¹⁴. Celui-ci comporte un article 1.2 qui indique que la Succursale en Crimée a été « enregistrée » auprès des autorités ukrainiennes le 2 janvier 1992, ce qu'Oschadbank désormais reconnaît³¹⁵. Pourtant, cette disposition n'a pas été traduite en anglais lors de sa production dans la procédure arbitrale et il n'est pas contesté qu'aucun des arbitres ne maîtrise la langue ukrainienne. Si Oschadbank avait fourni aux arbitres la traduction de cette disposition du Règlement intérieur de la Succursale en Crimée ceux-ci auraient pu s'apercevoir que ladite Succursale avait été administrativement « enregistrée » le 2 janvier 1992 et que l'acte d'investissement avait par conséquent vraisemblablement été fait avant cette date³¹⁶. Il ne fait pas de doute qu'un tribunal arbitral diligent aurait posé des questions et aurait demandé des documents sur la date effective de réalisation de l'investissement. Dans ce cas, il aurait dû recevoir communication des documents obtenus par la Fédération de Russie dans les Archives à Kiev et en conclure que les conditions de l'article 12 du TBI n'étaient pas réunies.

372. L'argument d'Oschadbank, qui soutient qu'elle a toujours été « transparente » avec le tribunal arbitral³¹⁷ et qui cite à l'appui de cette prétendue transparence³¹⁸ précisément l'article 1.2 du Règlement de la Succursale en Crimée qu'elle a produit dans l'arbitrage en évitant soigneusement de le traduire, ne saurait être retenu comme preuve de transparence. Bien au contraire il s'agit de la confirmation de la fraude procédurale, dès lors qu'Oschadbank ne peut raisonnablement contester que la langue de la procédure arbitrale était l'anglais et qu'aucun des arbitres ne maîtrise l'ukrainien.

373. Compte tenu de ces circonstances, l'élément intentionnel de la fraude est de plus fort caractérisé.

374. Dans le cadre du recours en révision, Oschadbank a allégué que les pièces obtenues n'étaient nullement déterminantes de l'issue du litige car le tribunal arbitral avait déjà statué sur la question de la date de l'investissement et avait adopté

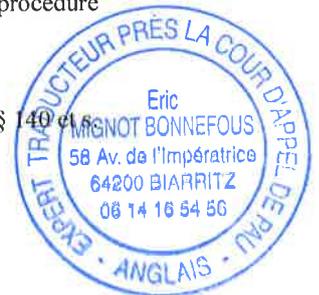
³¹⁴ Regulation of the Crimean Republican Directorate of JSC "Oschadbank" No. 484 "On the Branch – Crimean Republican Directorate of Public Joint Stock Company "State Savings Bank of Ukraine", en date du 31 juillet 2013 (the "Crimean Branch's Regulation") » (pièce CE-18 dans la procédure arbitrale) (pièce FR-2).

³¹⁵ Conclusions d'Oschadbank en date du 15 décembre 2020 §§ 16 et §159.

³¹⁶ Sur la différence entre l'investissement et son enregistrement administratif, v. *supra* §§ 140 et s.

³¹⁷ Conclusions d'Oschadbank en date du 15 décembre 2020, §263.

³¹⁸ Note de bas de page 267 des conclusions d'Oschadbank en date du 15 décembre 2020.



une interprétation de l'article 12 du TBI qui rendait sans objet la découverte des pièces par la Fédération de Russie. Oschadbank a affirmé, en se référant au paragraphe 226 de la Sentence³¹⁹, que selon le tribunal arbitral Oschadbank aurait réalisé son investissement en 2014 lors de l'accession de la Crimée à la Fédération de Russie³²⁰. Oschadbank avance le même argument dans la présente instance³²¹.

375. Oschadbank fait dire aux arbitres ce qu'ils n'ont pas dit. Procédant à une analyse fine de la Sentence, le Professeur Boucobza démontre en effet que les arbitres n'ont statué sur la question de la date de l'investissement ni au § 226, ni ailleurs dans la Sentence :

« Cette référence à la sentence arbitrale n'est pas décisive. En effet, le tribunal ne traite pas de la date de l'investissement par rapport à l'entrée en vigueur du Traité. La question qui est alors envisagée est toute autre, il s'agit de savoir si l'investissement pouvait être considéré comme ayant été effectué en Russie alors que la Crimée n'a été rattachée à la FEDERATION DE RUSSIE qu'en 2014. Ce n'est donc nullement la même question et pour tout dire elles n'ont strictement aucun rapport l'une avec l'autre [...] »

La seule question débattue et tranchée est ici (§ 226 de la Sentence) celle de savoir s'il est possible de considérer comme des investissements protégés les investissements réalisés par des investisseurs ukrainiens en Péninsule de Crimée avant l'adhésion de la Crimée à la FEDERATION DE RUSSIE le 21 mars 2014. À aucun moment dans cette partie de la sentence, le tribunal arbitral ne se prononce au regard de l'article 12 du TBI sur la protection des investissements effectués avant le 1^{er} janvier 1992 »³²².

376. En définitive, le tribunal arbitral n'ayant pas statué sur la date à laquelle Oschadbank a réalisé son investissement, pas davantage que sur l'interprétation, ni même que sur l'application de l'article 12 du TBI, il faut en conclure que l'ignorance du fait dissimulé – c'est-à-dire du fait que l'investissement ait été réalisé avant le 1^{er} janvier 1992 – a été décisif de la solution rendue par les arbitres.

³¹⁹ Sur ce paragraphe de la Sentence, v. *supra*, §§ 285 et s.

³²⁰ V. Réponse d'Oschadbank dans le recours en révision en date du 25 septembre 2019, §§ 48-55 (pièce FR-25). V. aussi, conclusions d'Oschadbank du 15 décembre 2020, page 53, qui affirme que « les investissements datent de mars 2014 » pour tenter de contester que la Succursale de Crimée a été acquise et exploitée dès avant le 1^{er} janvier 1992 et donc exclue du champ de protection du TBI en application de son article 12 (sur l'inanité de l'argument d'Oschadbank, v. *supra* §§ 285 et s.).

³²¹ Conclusions d'Oschadbank en date du 15 décembre 2020, §§ 273-276.

³²² Consultation du Professeur Xavier Boucobza du 24 octobre 2019, §§ 43 et 45 (pièce FR-32).



377. Les conditions de la fraude procédurale étant réunies, la violation de l'ordre public international est caractérisée.



CHAPITRE 3 – LE TRIBUNAL ARBITRAL A STATUE SANS SE CONFORMER A LA MISSION QUI LUI AVAIT ETE CONFIEE

378. Quand bien-même, par extraordinaire, la Cour de céans considérerait que le Tribunal arbitral était compétent, la Sentence arbitrale devra néanmoins être annulée en ce que « *le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée* » (article 1520 3° CPC).

379. En effet, les arbitres n’ont pas consacré le temps nécessaire à l’analyse du dossier (**Section 1**) et, dans ces conditions, n’ont pas exercé leur pouvoir juridictionnel comme il leur incombait de le faire. Pour preuve, sur deux points, au moins, le tribunal n’a pas procédé aux vérifications qui lui incombait au titre de sa mission (**Section 2**).

Section 1 – Le tribunal arbitral n’a pas consacré le temps nécessaire à l’examen du dossier

380. La procédure arbitrale, qui a été initiée par Oschadbank le 20 janvier 2016³²³ et s’est achevée avec la Sentence entreprise rendue le 26 novembre 2018, a duré près de trois ans au cours desquels un nombre considérable de documents ont été échangés, produits et soumis à l’analyse du tribunal arbitral.

381. Ainsi, ce sont plusieurs milliers de pages de documents qui ont été versées à la procédure par Oschadbank et qui, par conséquent, devaient être analysées par le tribunal arbitral pour rendre sa Sentence, à savoir notamment :

- le mémoire en demande (« *Statement of Claim* ») d’Oschadbank en date du 26 août 2016, de 179 pages,
- les deux déclarations de témoins (« *Witness Statements* ») l’accompagnant³²⁴ ainsi que les trois rapports d’experts des professeurs Malcolm N. Shaw (66 pages et 81 pièces), William E. Butler (32 pages et 16 pièces) et de Monsieur Jeffrey E. C. Davidson (94 pages et 33 pièces),
- pas moins de 288 pièces factuelles et 190 pièces juridiques outre les 130 pièces versées au soutien des rapports d’expert précités³²⁵, soit 608 pièces au total, souvent particulièrement volumineuses,

³²³ Par notification à la CPA de la requête d’Oschadbank datée du 18 janvier 2016 et présentée sur le fondement du TBI.

³²⁴ Sentence § 28.

³²⁵ 81 pièces pour le rapport Shaw, 16 pour le rapport Butler et 33 pour le rapport Davidson.



- le mémoire post-audience (« *Post Hearing Submission* ») d'Oschadbank en date du 11 avril 2017³²⁶ ainsi que son mémoire concernant les frais de procédure (« *Submission on Costs* ») en date du 5 mai 2017³²⁷.

382. A ces documents s'ajoute le mémoire en date du 1^{er} décembre 2016 produit par l'Ukraine en tant que partie non litigante (« *Non-Disputing Party Submission of Ukraine* »).

383. Or, si l'on considère le nombre d'heures déclarées par chacun des membres du tribunal arbitral, il est matériellement impossible que le tribunal ait pu examiner l'ensemble des éléments versés à la procédure.

384. Le temps que les arbitres ont consacré à l'analyse du dossier peut se déduire des honoraires qu'ils ont déclarés et qui figurent dans la Sentence³²⁸, rapportés au taux horaire – au demeurant particulièrement élevé – de 710 dollars US fixé dans l'acte de mission (« *Terms of appointment* »)³²⁹ :

Temps passé par les arbitres		
Arbitre	Honoraires déclarés (USD)	Nombre d'heures
Charles Brower	198.587,00	279,7
Hugo Perezcano Díaz	132.592,50	186,75
David A.R. Williams	254.059,00	357,8

385. Cela correspond, en moyenne, à 274,75 heures par arbitre pour toute la durée de la procédure arbitrale – soit à peine plus de 90 heures par an pour chacun des membres du tribunal arbitral³³⁰.

386. Si l'on rapporte le temps moyen passé par chacun des arbitres au volume des documents versés à la procédure en prenant pour base de calcul un volume moyen de 15 pages en ce qui concerne les pièces – base plus que raisonnable lorsque l'on sait que lesdites pièces comportent presque toutes plusieurs dizaines de pages, certaines bien davantage –, ce qui correspond à plus de 9500 pages au total, les arbitres ont consacré à peine plus d'une minute et demi à l'étude de chacune d'elles

³²⁶ Sentence § 50.

³²⁷ Sentence § 52.

³²⁸ Sentence § 400.

³²⁹ Projet de *Terms of appointment* joints à la lettre de la CPA aux parties en date du 28 juillet 2016, § 9.1 (pièce FR-2).

³³⁰ Afin d'éviter tout malentendu, la Fédération de Russie précise qu'elle ne considère nullement que les arbitres auraient dû facturer des honoraires d'un montant plus élevé, mais qu'ils auraient dû consacrer davantage de temps à l'étude du dossier d'arbitrage en appliquant un taux horaire raisonnable.



387. Ce temps paraît bien court pour avoir été à même de permettre la compréhension et l'analyse rigoureuse des actes, témoignages, rapports d'experts, pièces et autres documents produits et qui se rapportaient à une procédure d'arbitrage d'investissement aux enjeux factuels et juridiques particulièrement complexes.

388. Ce d'autant plus qu'en réalité, le temps de travail facturé par les arbitres n'a pas été intégralement consacré à l'étude des documents versés aux débats, mais a également englobé d'autres tâches particulièrement chronophages qui ont nécessairement amputé considérablement le temps passé à l'examen du dossier *stricto sensu*.

389. Il s'agit d'abord des dizaines et dizaines de pages de correspondances entre le tribunal arbitral et les parties, notamment Oschadbank, correspondances concernant en particulier :

- l'ordonnance de procédure n°1 (« *Procedural Order No. 1* ») et l'acte de mission (« *Terms of Appointment* ») du tribunal, ainsi que la première conférence de procédure (« *Procedural Conference* »)³³¹ relative, notamment, à la fixation du siège de l'arbitrage à Paris et à la fixation d'un calendrier de procédure,
- l'objection de la Fédération de Russie à la compétence du tribunal aux termes de son courrier du 23 juin 2016³³²,
- l'absence de mémoire en défense de la Fédération de Russie³³³,
- le mémoire produit par l'Ukraine en tant que partie non litigante (« *Non-Disputing Party Submission of Ukraine* »)³³⁴,
- la communication au tribunal arbitral, par Oschadbank, d'une sentence partielle rendue dans une autre affaire impliquant le TBI³³⁵,
- l'ordonnance de procédure n°2 (« *Procedural Order No. 2* »)³³⁶ concernant les modalités de l'audience de plaidoiries.

390. Ces correspondances ont, à elles seules, nécessairement généré un nombre significatif d'heures de travail pour le tribunal arbitral, qu'il s'agisse de prendre connaissance, d'analyser et de répondre aux observations formulées par Oschadbank ou de procéder à la rédaction des autres courriers destinés aux parties

³³¹ Sentence §§ 17, 25-27, 30.

³³² Sentence §§ 18-24, voir également *supra* §§ 325 et s.

³³³ Sentence §§ 30-31 s.

³³⁴ Sentence §§ 33-36.

³³⁵ Sentence §§ 39-42.

³³⁶ Sentence § 37.



ainsi qu'aux actes y afférents (notamment les deux ordonnances de procédure et l'acte de mission).

391. A l'issue de la procédure, la compétence et le fond ont fait l'objet d'une audience qui s'est tenue du 27 au 29 mars 2017. Les membres du tribunal arbitral ont donc assisté aux débats pendant trois jours, auxquels se sont ajoutés les voyages nécessaires à ce que chacun des membres du tribunal se rende à Paris, où l'audience avait lieu³³⁷.

392. Par ailleurs, après l'audience, Oschadbank a transmis d'autres éléments au tribunal, notamment un mémoire post-audience (« *Post-Hearing Submission* ») en date du 11 avril 2017 concernant Activ Solar³³⁸ et, le 5 mai 2017, son mémoire relatif aux frais de procédure (« *Submission on Costs* »)³³⁹, documents supplémentaires que les arbitres ont dû analyser.

393. Enfin et surtout, les arbitres ont dû procéder au délibéré et, ensuite, à la rédaction de la Sentence qui, bien qu'éminemment critiquable, n'en comporte pas moins 131 pages. Ces tâches ont nécessairement généré un nombre d'heures de travail significatif, réduisant d'autant le temps, tel qu'il résulte des calculs *supra*, passé par les membres du tribunal arbitral à prendre connaissance et analyser les documents versés aux débats.

394. Dans de telles conditions, compte tenu du volume du dossier d'arbitrage, de la complexité de ses problématiques factuelles et juridiques, de l'importance de ses enjeux, ne serait-ce qu'au regard des sommes considérables réclamées par la demanderesse (plus d'un milliard de dollars US), de la durée de la procédure arbitrale (près de trois ans), de l'ampleur des tâches incombant aux arbitres dans le cadre de la procédure, il est clair que ces derniers n'ont matériellement pas pu, dans le temps particulièrement court qu'ils ont passé sur le dossier, procéder à l'analyse attentive, précise et rigoureuse qu'exigeait pourtant celui-ci.

395. Le défaut de maîtrise du tribunal arbitral s'agissant de la présente affaire est d'autant moins contestable si l'on se réfère à un événement récent qui illustre parfaitement le manquement des arbitres à leur obligation de diligence.

396. En effet, le 7 décembre 2020, les conseils de la Fédération de Russie ont reçu un email adressé par le Président du tribunal arbitral, David Williams, les interrogeant pour savoir à quel stade se trouvait le recours en révision introduit par la Fédération de Russie le 19 août 2019, et ce alors même que, comme évoqué plus haut, le tribunal arbitral a décidé d'office le 23 décembre 2019³⁴⁰ de suspendre ledit

³³⁷ Sentence § 43.

³³⁸ Sentence §50.

³³⁹ Sentence §52.

³⁴⁰ Décision de sursis à statuer désignée *Decision to stay consideration of respondent's application for revision and claimant's application for security for costs* en date du 23 décembre 2019 (pièce FR-30).



recours en révision jusqu'à ce que la Cour d'appel de Paris se soit prononcée sur le recours en annulation :

« Dear Ms Dory & Ms Pinna,

I refer to your email of 19 August 2019 when you advised that the Russian Federation was pursuing an Application for Revision of the Award pursuant to Article 1502 of the French Code of Civil Procedure.

Would you please advise of the current status of that Application for Revision.

Yours sincerely

Sir David Williams KNZM, QC »³⁴¹

397. Ces circonstances confirment, s'il en était besoin, l'absence de traitement diligent de cette affaire par les arbitres qui ne parviennent pas même à en assurer le suivi sans devoir se renseigner auprès des parties.

398. Le manque de diligences du tribunal arbitral ne fait, de plus fort, aucun doute.

399. Oschadbank n'hésite pourtant pas à prétendre qu'« *un tel grief est absurde* »³⁴². Elle se satisfait cependant de cette seule invective puisqu'elle n'apporte pas le moindre élément qui viendrait soit démontrer que le tribunal arbitral a consacré le temps nécessaire à l'examen du dossier d'arbitrage, soit étayer la thèse selon laquelle il n'était pas tenu de le faire.

400. Ainsi, la jurisprudence que croit pouvoir citer Oschadbank n'a aucune pertinence en l'espèce. En effet, dans l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 23 juin 2005³⁴³, la demanderesse au recours en annulation, la société Bombardier, se plaignait du non-respect de la mission des arbitres au motif qu'ils avaient autorisé la communication de pièces en langue allemande, alors que seul l'anglais était visé à l'acte de mission. Aucun lien, donc, avec la question qui se pose dans la présente instance.

401. La société Bombardier invoquait surtout la violation du principe de la contradiction, toujours au titre de la production en allemand, car elle prétendait que son conseil dans l'arbitrage, de même que l'un des arbitres, n'avaient pas été en mesure de comprendre cette langue :

³⁴¹ Echange de courriels entre David Williams, président du tribunal arbitral, et les conseils de la Fédération de Russie en date du 7 décembre 2020 (**pièce FR-44**).

³⁴² Conclusions d'Oschadbank du 15 décembre 2020, §212.

³⁴³ **Pièce Oschadbank RJ-7** : Cour d'appel de Paris, 23 juin 2005, n° 2004/04732.



« La société Bombardier dénonce enfin un non respect des principes du contradictoire et du traitement égalitaire des parties à propos de la langue de l'arbitrage, car le tribunal a accepté des documents en allemand, alors que l'un des arbitres et le conseil de la recourante dans la procédure ne comprenaient pas cette langue. »³⁴⁴

C'est sur ce point qu'est particulièrement motivée la décision précitée notamment avec l'extrait auquel se réfère – hors contexte, donc... – Oschadbank.

402. Ainsi, contrairement à la position de la Fédération de Russie, ce n'était pas un défaut de diligence, non conforme à la mission des arbitres, qu'invoquait la société Bombardier. On voit donc mal comment Oschadbank peut affirmer sans craindre de se discréditer que *« cet arrêt illustre donc parfaitement le principe que la Russie tente aujourd'hui de remettre en cause : l'impossibilité pour le juge de l'annulation de critiquer la méthodologie et le temps que passe l'arbitre sur le dossier arbitral »*³⁴⁵. Il est clair en réalité que la décision en question ne concerne pas un cas comparable à celui de la présente procédure.

403. Tel est également le cas en ce qui concerne l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 24 novembre 2015³⁴⁶. Oschadbank affirme encore avec aplomb que *« le reproche de la Russie au Tribunal arbitral et celui formé par l'appelante [sic.] dans l'arrêt sont semblables : toutes deux reprochent aux arbitres de ne pas avoir passé assez de temps sur le dossier arbitral et donc de ne pas avoir pu lire et analyser toutes les pièces du dossier »*³⁴⁷. Il y a lieu de se demander si la Défenderesse au recours a simplement lu l'arrêt qu'elle produit.

404. En effet, à nouveau, le grief de violation de la mission des arbitres n'y est aucunement évoqué, la recourante ayant fondé son recours sur l'absence de motivation de la sentence et l'absence de respect de la contradiction. Il suffit de se reporter aux prétentions de la recourante, reproduites dans l'arrêt dont il s'agit, pour le constater :

« Sur le premier moyen d'annulation pris de l'absence de motivation de la sentence (1492 6° du code de procédure civile)

La recourant estime que la décision de la commission arbitrale des journalistes qui ne s'est appuyée que sur deux des pièces soumises à son appréciation pour en déduire l'absence de faute grave, est insuffisamment motivée. Elle ajoute que cette motivation est la même que celle retenue par la commission dans

³⁴⁴ Pièce Oschadbank RJ-7 : Cour d'appel de Paris, 23 juin 2005, n° 2004/04732.

³⁴⁵ Conclusions d'Oschadbank du 15 décembre 2020, § 217.

³⁴⁶ Pièce Oschadbank RJ-23 : Cour d'appel de Paris, 24 novembre 2015, n° 15/01768.

³⁴⁷ Conclusions d'Oschadbank du 15 décembre 2020, § 217.



le dossier concernant son épouse alors que leur situation diffère. [...]

Sur le second moyen d'annulation pris de la violation du principe de la contradiction (1492 4° du code de procédure civile)

La recourante fait grief à la commission arbitrale d'avoir apprécié des éléments dans le cadre de sa décision qui n'ont pas été soumis aux parties s'agissant 'de la fidélité du journaliste au tire de la qualité de son travail comme du retentissement de cette cessation d'activité sur la suite de son parcours et des perspectives aléatoires de retour au travail en raison de son âge' alors que la commission n'avait pas compétence pour apprécier ces faits. »³⁴⁸

405. Alors qu'elle cite des décisions qui n'ont donc pas le moindre rapport avec le grief invoqué par la Fédération de Russie selon lequel le tribunal arbitral a manqué à son devoir de diligence et, ce faisant, statué sans se conformer à sa mission, Oschadbank n'hésite pas à affirmer que « *la Russie ne produit cependant aucune jurisprudence ou doctrine à l'appui de cet argument* »³⁴⁹. Les développements qui suivent, déjà présents dans les précédentes écritures de la Fédération de Russie, démontrent qu'Oschadbank fait une fois de plus preuve d'une mauvaise foi confondante.

406. Contrairement à ce que tente de faire croire Oschadbank, il est acquis que l'une des missions et l'un des devoirs essentiels des arbitres consiste à étudier le dossier d'arbitrage, et notamment les mémoires et les pièces, obligation que l'on désigne généralement d'obligation (ou devoir) de diligence. En droit français de l'arbitrage, cette obligation, qui résulte du contrat d'arbitre, se retrouve aujourd'hui aussi dans l'article 1464, alinéa 3 du Code de procédure civile, applicable à l'arbitrage international, selon lequel « *Les parties et les arbitres agissent avec célérité et loyauté dans la conduite de la procédure* ». L'obligation de diligence est amplement discutée au titre de la responsabilité des arbitres, mais on s'accorde à considérer qu'elle fait partie de la mission, à la fois contractuelle et juridictionnelle, de l'arbitre.

407. Le Professeur Stoffel-Munck a récemment considéré que :

« 28. [L'arbitre] est aussi tenu de conduire une procédure selon certains principes reflétant le standard d'une justice de qualité. Cela participe du service contractuel qu'il rend. Les parties l'ont choisi et le rémunèrent en contemplation de l'accomplissement d'une prestation d'une certaine qualité. L'arbitre doit se comporter au cours de la procédure avec le soin, la technicité et la diligence que ses cocontractants sont fondés à attendre de lui.

³⁴⁸ Pièce Oschadbank RJ-23 : Cour d'appel de Paris, 24 novembre 2015, n° 15/01768.

³⁴⁹ Conclusions d'Oschadbank du 15 décembre 2020, § 211.



Ce versant de sa mission est plus contractuel que juridictionnel, au sens retenu précédemment (supra, n° 16). L'un est cependant l'aliment de l'autre, et c'est d'ailleurs le Code de procédure civile qui énonce ces devoirs procéduraux.

29. Le devoir de loyauté, évoqué par l'article 1464 du Code de procédure civile, en est l'expression la plus englobante. Ce concept est à même de couvrir la plupart des attitudes que doit adopter l'arbitre pour satisfaire à la confiance que toutes les parties doivent pouvoir lui prêter. [...]

31. La diligence dans le suivi de l'affaire pourrait aussi en faire partie, de sorte que l'arbitre qui néglige de lire les mémoires ou les pièces commet une faute dont la nature contractuelle ne paraît pas couverte par sa quasi-immunité. Mais l'arbitre n'est-il pas dans l'exercice de sa mission juridictionnelle quand il accomplit son travail préparatoire à l'audience et au délibéré ? Si on comprend cette mission comme un processus, il s'y trouve certainement. Pour autant, le grief porté à son encontre ne consiste pas à lui reprocher une opération intellectuelle défectueuse, c'est-à-dire un "mal-jugé" au sens substantiel du terme. [...] »³⁵⁰.

408. Dès 1987, cette obligation de diligence est considérée comme essentielle, les *IBA Rules of Ethics for International Arbitrators* prévoyant que :

« Article 2.3. A prospective arbitrator should accept an appointment only if he is able to give the arbitration the time and attention which the parties are reasonably entitled to expect. [...]

Article 7, Duty of Diligence. All arbitrators should devote such time and attention as the parties may reasonably require having regard to all the circumstances of the case, and shall do their best to conduct the arbitration in such a manner that costs do not rise to an unreasonable proportion of the interests at stake ».

409. Cette analyse est partagée par certains des arbitres les plus expérimentés :

« Le devoir de diligence recouvre à nouveau une réalité complexe, englobant une série de devoirs particuliers :

- Tout arbitre doit prioritairement maîtriser le dossier. Cela vaut pour le président au premier chef, mais également les co-arbitres. L'expérience apprend toutefois que ce n'est pas toujours le cas, certains se reposant sans vergogne sur le travail du président. Un



³⁵⁰ Ph. Stoffel-Munck, La responsabilité de l'arbitre, Rev. arb. 2017, p. 1123-1145, spec. §§ 28-31 (pièce FRJ-35).

bon tribunal arbitral est au moins autant déterminé par la qualité des co-arbitres que par celle du président. Ce n'est qu'à cette condition que chacun pourra faire un apport réel à la solution. Comme dans toute activité, ce n'est guère que par le travail qu'on y parvient »³⁵¹. (surligné par nous)

410. Oschadbank croit pouvoir saper la portée de cette doctrine abondante en affirmant qu'elle concerne non pas la question de la mission des arbitres, mais celle de leur responsabilité³⁵². Là encore, la faiblesse de l'argument saute aux yeux. Les extraits qui précèdent confirment indiscutablement que la mission des arbitres emporte l'obligation d'étudier le dossier d'arbitrage. Que la violation de cette obligation puisse, en même temps, engager la responsabilité de l'arbitre ne fait que renforcer l'idée selon laquelle il s'agit là d'un élément essentiel de sa mission dont le respect, aux termes de l'article 1520 3° CPC, est nécessairement soumis au contrôle du juge de l'annulation. D'ailleurs, la responsabilité de l'arbitre est recherchée en cas d'annulation de la sentence arbitrale qu'il a rendue et non pas lorsque le recours en annulation dont elle a fait l'objet a été rejeté : annulation de la sentence et responsabilité de l'arbitre vont souvent de pair.

411. Cela est d'autant moins contestable que la doctrine citée par Oschadbank elle-même consacre l'existence d'une « obligation de disponibilité » de l'arbitre impliquant notamment une disponibilité en temps, et qui relève sans conteste du respect de sa mission :

« 'Vous voudrez bien avoir la bonté de sacrifier un quart d'heure pour cette petite affaire', écrit Charpentier de Sérancourt le 31 décembre 1775 à un arbitre qui peinait à remplir sa mission. Cela montre que la question de la disponibilité de l'arbitre n'est pas récente. Or, comme il est aujourd'hui certain que les litigants exigent plus, avec raison, de leur arbitre qu'un quart d'heure de son temps, le problème a davantage d'acuité. D'autant que la disponibilité de l'arbitre est une des raisons d'être de l'arbitrage. Comme le demande Claude Reymond : '... quel juge dans quel pays peut-il consacrer à une seule cause le temps que demande un dossier d'arbitrage ?'

Aussi, la doctrine unanime s'accorde-t-elle sur l'obligation pour l'arbitre d'être disponible 'en temps et en préoccupation' durant toute l'instance arbitrale et jusqu'à la sentence. Cette obligation de disponibilité, qui figure dans certains règlements d'arbitrage, constitue une des règles éthiques que l'International Bar

³⁵¹ P. Tercier, L'éthique des arbitres, in, G. Keutgen, *L'éthique dans l'arbitrage*, Bruylant, 2012 p. 17-36, spéc. p. 32-33 (pièce FRJ-36).

³⁵² Conclusions d'Oschadbank du 15 décembre 2020, §220.



Association recommande aux arbitres. On a même soutenu qu'elle ferait partie d'une lex mercatoria processualis.

Pour l'arbitre, cela signifie qu'il ne doit accepter sa mission que s'il est matériellement en mesure de la remplir. En d'autres termes, il a obligation de vérifier qu'il dispose du temps nécessaire pour honorer son office juridictionnel. [...] »³⁵³

412. Finalement, on ne trouve dans les écritures d'Oschadbank aucun élément qui viendrait contredire l'analyse de la Fédération de Russie selon laquelle, indiscutablement, compte tenu des circonstances précitées, le tribunal arbitral n'a pas consacré le temps nécessaire à l'examen du dossier.

413. Contrairement à ce que tente de faire croire Oschadbank, qui n'hésite pas à déformer le grief soutenu par la Fédération de Russie, il ne s'agit évidemment pas d'« *exiger des arbitres qu'ils connaissent par cœur l'ensemble des documents* » de l'arbitrage³⁵⁴. Ainsi que l'indique la doctrine, précitée, invoquée par la Défenderesse à ce sujet, il s'agit pour les arbitres de respecter leur obligation de « *connaître le dossier [qui] ne peut être qu'une obligation de moyens* »³⁵⁵. Or, précisément, en ne consacrant pas le temps nécessaire à l'analyse du dossier, le tribunal arbitral ne s'est pas donné les moyens de le connaître.

414. Le tribunal arbitral a bel et bien violé le devoir de diligence qui s'imposait à lui et a, dès lors, statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée. La Sentence arbitrale encourt l'annulation de ce seul fait. Une telle violation a assurément causé un grief à la Fédération de Russie puisque la violation par les arbitres de leur mission a eu pour conséquence la légèreté avec laquelle le tribunal arbitral a statué sur plusieurs points essentiels, ce dont il sera maintenant question, et qui confirment la violation du devoir de diligence.

Section 2 – Le tribunal arbitral n'a pas procédé aux vérifications qui lui incombaient au titre de sa mission

415. Les arbitres, qui comme on vient de le voir n'ont pas consacré le temps nécessaire à l'analyse du dossier, n'ont notamment pas procédé aux vérifications élémentaires qu'ils auraient dû effectuer au titre de leur mission. En particulier, d'une part, ils ont négligé de procéder à l'examen de leur compétence comme ils auraient dû le faire (**Sous-section 1**) et, d'autre part, se sont contentés de tenir pour avérées les affirmations d'Oschadbank sans les vérifier (**Sous-section 2**).

³⁵³ T. Clay, *L'arbitre*, Dalloz, 2001, p. 604-607, §§784-786 (**pièce FRJ-44**), également produit partiellement par Oschadbank (**pièce Oschadbank RJ-55**).

³⁵⁴ Conclusions d'Oschadbank du 15 décembre 2020, § 221.

³⁵⁵ **Pièce Oschadbank RJ-55** : T. Clay, *L'arbitre*, Dalloz, 2001 (extrait).



416. A toutes fins utiles et à titre liminaire, on précisera que, contrairement à ce que soutient Oschadbank qui tente de dénaturer les moyens de la Fédération de Russie, cette dernière, bien qu'elle conteste la Sentence au fond, ne tente en aucun cas d'obtenir une révision au fond de la Sentence arbitrale³⁵⁶. Aux termes des développements qui suivent, elle se contente de démontrer que le tribunal arbitral, au moins sur les deux points ci-dessous, a été déficient dans les vérifications auxquelles il aurait dû procéder en vertu de sa mission. La preuve de ces déficiences réside notamment dans les solutions erronées auxquelles le tribunal est parvenu. Elles ne sont donc pas, *per se*, l'objet des développements qui suivent. Cependant, même sans solliciter une révision de la Sentence au fond – ce qui, à nouveau, n'est pas l'objet de son propos –, la Fédération de Russie, en faisant état de ces solutions erronées, démontre que le tribunal n'a pas pu procéder aux vérifications qui lui incombaient car, dans le cas contraire, il n'aurait jamais abouti auxdites solutions.

Sous-section 1 – Le tribunal arbitral ne s'est pas conformé à sa mission dans l'examen de sa propre compétence

417. Outre le fait qu'il s'est déclaré à tort compétent, comme il a été démontré plus haut³⁵⁷, le tribunal arbitral a de surcroît violé sa mission en omettant de vérifier positivement si la Fédération de Russie avait donné son consentement à l'arbitrage par une vérification de l'ensemble des conditions d'application du TBI. En effet, les arbitres se sont limités à trancher – erronément comme il a été démontré précédemment – ce qu'ils avaient considéré comme étant les seules contestations de leur compétence avancées par la Fédération de Russie.

418. Il convient de rappeler le principe : le consentement à l'arbitrage s'analyse en une dérogation par un État à sa souveraineté et à son immunité de juridiction, ce qui ne se présume pas et doit être positivement caractérisé par le tribunal³⁵⁸.

419. C'est donc sans respecter ses obligations que le tribunal arbitral a statué en retenant sa propre compétence et, notamment, sans examiner toutes les conditions requises pour caractériser le consentement à l'arbitrage – dont celle fondamentale de la date de réalisation du prétendu investissement dont il a été précédemment question³⁵⁹. Le tribunal arbitral aurait d'autant plus dû procéder ainsi que la Fédération de Russie avait contesté avoir donné son consentement à l'arbitrage.

420. Le tribunal s'est au contraire limité à examiner ce qu'il a lui-même compris, trop restrictivement d'ailleurs, des contestations de la compétence mentionnées dans la lettre de la Fédération de Russie du 13 mai 2016³⁶⁰, en se bornant à n'examiner que ce qu'il pensait être les exceptions d'incompétences formulées par

³⁵⁶ Conclusions d'Oschadbank du 15 décembre 2020, §§ 230 s.

³⁵⁷ V. *supra* §§ 91 et s.

³⁵⁸ V. *supra* §§ 96 et s.

³⁵⁹ V. *supra* §§119 et s.

³⁶⁰ Citée plus haut (pièce FR-2).



la Fédération de Russie pour les rejeter au lieu de vérifier si l'ensemble des conditions posées pour sa compétence étaient remplies, ce qui précisément n'était pas le cas :

« In the Tribunal's view, the Respondent's arguments appear to be that (i) the Claimant's assets in the Crimean Peninsula were not "invested in the territory of the Russian Federation"; (ii) the investments were made before the accession of the Crimean Peninsula to the Respondent; (iii) the investments were not made in conformity with the Respondent's legislation; (iv) the Claimant's investments were not subject to taxation under the Respondent's legislation; and (v) the Claimant's investments did not contribute to the development of the Respondent's economy. Having already addressed and rejected the first argument, the Tribunal will address each of the remaining arguments in turn »³⁶¹.

421. Statuer sur des exceptions de compétence – au demeurant extrapolées de façon arbitraire – n'est pas statuer sur sa propre compétence, ce qui est un devoir de l'arbitre. C'est au tribunal arbitral d'établir sa compétence, puisque celle-ci est dérogoire et encore plus particulièrement dérogoire lorsqu'une des parties est un État.

422. Nombreuses sont les décisions qui énoncent ce principe s'agissant en particulier du consentement de l'État. Ainsi la sentence arbitrale rendue sous l'égide du CIRDI le 8 décembre 2008 dans l'affaire *Wintershall Aktiengesellschaft c/ République d'Argentine* considère que :

« [...] the Centre and ICSID tribunals appointed by the Centre, do not have general jurisdiction over States – they are tribunals of limited powers; and no presumption in favour of their jurisdiction can be made. On the contrary, the acceptance by a State of the jurisdiction of an international court or tribunal always requires to be expressed by means of a positive act or conduct (of "contracting-in") »³⁶².

423. La conception française du principe *compétence-compétence* est conforme à l'analyse en droit international et commande la complète vérification de la compétence arbitrale par les arbitres, compétence qui est d'ailleurs à nouveau

³⁶¹ Sentence § 225.

³⁶² Sentence arbitrale rendue sur l'égide du CIRDI le 8 décembre 2008 dans l'affaire *Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/14, § 69 (pièce FRJ-37).



vérifiée dans sa globalité au stade du recours en annulation³⁶³. La Cour de céans a, d'ailleurs dans l'affaire *République Tchèque c/ Nreka* précitée³⁶⁴, expressément jugé que cette vérification demeure complète même si des nouveaux griefs spécifiques d'incompétence sont invoqués pour la première fois devant le juge de l'annulation.

424. Cette obligation de l'arbitre de vérifier sa propre compétence et donc le consentement à l'arbitrage se trouve ultérieurement renforcé lorsque la partie défenderesse atraite à la procédure arbitrale ne comparait pas. Comme l'indique un auteur, en reflétant l'opinion généralement admise :

*« En bref, nous pensons que le tribunal arbitral a, en cas de défaut de la défenderesse, l'obligation de procéder à un examen d'office de sa compétence afin de se convaincre de l'existence de celle-ci. La question de savoir jusqu'où l'arbitre peut aller sans jouer le rôle de l'avocat de la partie défaillante ne se pose alors pas ici, car il ne s'agit pas en l'occurrence de protéger ou non les intérêts de cette dernière au détriment de la demanderesse, mais de vérifier ses propres pouvoirs qui, pour exister, ont besoin de l'accord indéniable de la volonté de toutes les parties »*³⁶⁵.

425. Il ne s'agit pas là, comme le prétend Oschadbank, d'exiger que le tribunal arbitral se substitue, dans l'exercice de sa défense, à la partie qui ne participe pas à l'arbitrage³⁶⁶.

426. En revanche, comme cela vient d'être démontré, il est indiscutable que le tribunal ne doit pas se contenter, comme il l'a fait en l'espèce, ni de tenir pour acquies les affirmations du demandeur sur sa compétence, ni de statuer sur des exceptions d'incompétences – au demeurant mal comprises. La mission du tribunal arbitral lui impose au contraire d'examiner toutes les conditions requises pour caractériser le consentement à l'arbitrage et cette recherche se doit d'être encore plus active lorsqu'une des parties est absente.

427. C'est ce qu'a confirmé le Professeur Xavier Boucobza lors de son audition par la Cour de céans le 19 novembre 2020 lorsque, précisément, il a fait l'objet d'une question sur ce point :

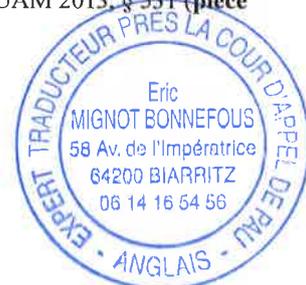
« Mme F. Schaller.- J'ai plus une demande de précision qu'une question, mais ce peut être malgré tout une question. Dans la

³⁶³ V. Consultation du Professeur Xavier Boucobza en date du 24 octobre 2019, §§ 98 et s. (**pièce FR-32**).

³⁶⁴ CA Paris, Pôle 1, Ch. 1, 25 septembre 2008, *République Tchèque c/ Monsieur Pren Nreka*, RG no. 07/04674 ; Rev. arb. 2009, 337, note I. Fadlallah (**pièce FRJ-25**).

³⁶⁵ A. Dimolitsa, L'office de l'arbitre dans les procédures par défaut, Cahiers de l'Arbitrage V, Pédone, p. 68 et s., spéc. p. 72 (**pièce FRJ-38**). V. aussi, M. Boucaron-Nardetto, Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage, thèse, préf. J-B. Racine, PUAM 2013, § 531 (**pièce FRJ-27**).

³⁶⁶ Conclusions d'Oschadbank du 15 décembre 2020, §§224 s.



mesure où la Sentence a été rendue en l'absence de la Fédération de Russie, qui n'a pas participé à l'arbitrage, en réalité cette question n'a pas été posée.

M. le Président.- *La question est : « En l'absence de la présence de la Fédération de Russie à l'arbitrage, le Tribunal arbitral n'a pas eu l'occasion de répondre... ».*

M. le Pr X. Boucobza.- [...]

[I]l appartenait d'une certaine manière et à l'investisseur et au Tribunal arbitral de se pencher sur sa compétence et de vérifier que les conditions posées par le Traité étaient réunies.

Est-ce que le Tribunal arbitral pouvait savoir ou pas que l'investissement avait été réalisé avant ou après le 1er janvier 1992 ? En tout cas, il aurait pu poser la question puisque la règle est clairement posée par l'article 12. Il aurait donc dû le vérifier et se poser la question de savoir si l'investissement avait bien été réalisé avant le 1er janvier 1992 ou pas. D'ailleurs pour les autres affaires sur l'Ukraine, des affaires qui ont donné lieu aux décisions du Tribunal fédéral suisse, la question a été posée et a été réglée parce que c'était le cas : il s'agissait d'investissements postérieurs et cela a été relevé. Le Tribunal arbitral, en l'espèce, aurait pu le relever. Il ne l'a pas relevé. »³⁶⁷

428. La doctrine citée par Oschadbank elle-même ne dit d'ailleurs pas autre chose :

« In the absence of one of the parties [...] the Tribunal should not be acting as a party adverse to the party who does attend. The role of the Tribunal is neutral although it is necessarily more active than the Tribunal would be if both parties were in attendance »³⁶⁸. (surligné et souligné par nous)

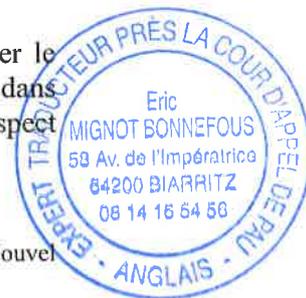
429. En l'espèce, ce n'est pas ce que le tribunal arbitral a fait.

430. Cela est d'ailleurs si vrai qu'Oschadbank est incapable de démontrer le contraire. Elle se contente de l'affirmer sans l'établir³⁶⁹. Ainsi n'apporte-t-elle dans ses écritures rien d'autre que des éléments qui, tout au plus, n'ont trait qu'au respect

³⁶⁷ Sténotypie *verbatim* de l'audience du 19 novembre 2020 d'audition des Professeurs Yves Nouvel et Xavier Boucobza, page 33, ligne 9 à page 34 ligne 23 (**pièce FR-43**).

³⁶⁸ **Pièce Oschadbank RJ-40** : Thomas H. Webster, Handbook of UNCITRAL Arbitration, 3^e éd., Sweet & Maxwell, 2019, § 30-34, citée par Oschadbank dans ses conclusions du 15 décembre 2020, §224.

³⁶⁹ Conclusions Oschadbank du 15 décembre 2020, §§227-228 et §§236-239.



du principe de la contradiction. Ainsi Oschadbank indique que le tribunal s'est assuré de la communication des éléments de la procédure à la Fédération de Russie, qu'il lui a permis de faire valoir son point de vue durant l'arbitrage, qu'il lui a donné le temps de répondre aux écritures et communication d'Oschadbank, qu'il a prévenu la Fédération de Russie suffisamment en amont de l'audience et, enfin, lui en a transmis toutes les retranscriptions en l'invitant à faire des commentaires³⁷⁰. Or la Fédération de Russie ne remet en cause rien de tout cela car rien de ceci ne concerne les lacunes dans les vérifications que le tribunal aurait dû faire, mais qu'il a négligées, concernant sa compétence.

431. En réalité, le tribunal arbitral a bel et bien omis de vérifier positivement sa compétence dans tous ses aspects. Ce faisant, le tribunal arbitral n'a pas respecté la mission qui lui avait été confiée. Cette violation a, en l'occurrence, engendré ainsi qu'il a été question précédemment une violation encore plus grave, puisque le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent en admettant l'existence d'un prétendu consentement à l'arbitrage au sujet d'un prétendu investissement fait avant le 1^{er} janvier 1992, c'est-à-dire à un moment où le TBI n'était pas applicable.

432. Le tribunal arbitral a d'ailleurs récidivé dans la violation de sa mission le 23 décembre 2019³⁷¹, lorsqu'il était appelé dans le cadre du recours en révision à se prononcer sur sa compétence à l'égard de l'article 12 du TBI, ce qu'il avait omis de faire la première fois. Au lieu de saisir l'occasion pour réparer sa défaillance initiale, le tribunal arbitral a refusé de statuer, cette fois-ci expressément, en se retranchant derrière le présent recours en annulation. Une telle attitude est, comme il a été remarqué précédemment³⁷², à rebours de la conception du principe *compétence-compétence* en droit français de l'arbitrage, selon laquelle l'arbitre a non seulement le droit, mais aussi l'obligation, de statuer sur sa propre compétence préalablement aux juridictions étatiques.

433. L'annulation de la Sentence est ainsi encourue en raison du non-respect par le tribunal arbitral de sa mission. Elle est d'autant plus justifiée par le fait que, de surcroît, les arbitres n'ont pas vérifié les affirmations formulées par Oschadbank sur le fond de l'affaire, se rendant coupables d'une ultérieure violation de leur mission.

Sous-section 2 – Le tribunal arbitral ne s'est pas conformé à sa mission dans l'examen du fond de l'affaire

434. Il n'est pas anodin de remarquer que lors de l'examen de l'affaire au fond, Oschadbank a sur plusieurs aspects essentiels du différend procédé par simple

³⁷⁰ Conclusions Oschadbank du 15 décembre 2020, §226.

³⁷¹ Décision de sursis à statuer désignée *Decision to stay consideration of respondent's application for revision and claimant's application for security for costs* en date du 23 décembre 2019 (pièce FR-30)

³⁷² V. *supra* §§ 415 et s.



affirmation, sans aucune démonstration ou offre de preuve, et que le tribunal arbitral a cru pouvoir suivre Oschadbank sans procéder à la moindre vérification ni appréciation. Sur plusieurs éléments clés, qui se trouvent au fondement même de la Sentence arbitrale, le manquement à l'obligation de diligence des arbitres peut être remarqué. La Fédération de Russie se limitera en l'état à présenter l'exemple le plus patent de ce manquement : celui de l'imputabilité à la Fédération de Russie des actes prétendument faits par le DPF.

435. En effet, le tribunal arbitral a jugé que les actes du DPF étaient imputables à la Fédération de Russie (1) sans rechercher les conditions légales d'imputabilité (2) ni examiner le dossier d'arbitrage (3), ce qui aurait permis de s'apercevoir que les affirmations d'Oschadbank étaient fausses.

§1 L'absence de vérification par le tribunal arbitral des affirmations d'Oschadbank quant à l'imputabilité des actes du DPF à la Fédération de Russie

436. Au cours de la procédure arbitrale, Oschadbank soutenait que le DPF était à l'origine de la prétendue perte de son investissement en Crimée en prétendant que la Fédération de Russie avait « orchestré la prise de contrôle d'Oschadbank Crimée par l'intermédiaire du DPF » (« orchestrated the takeover of Oschadbank Crimea via the DPF »)³⁷³, en mettant en œuvre le mécanisme d'indemnisation des déposants victimes de la défaillance de la Banque et en initiant les actions récursoires consécutives à l'indemnisation³⁷⁴.

437. Aux termes de son mémoire en demande, Oschadbank indique ainsi :

« The Russian Federation's conduct vis-à-vis the Claimant's investment may be seen as a composite measure. [...] The Russian Federation's composite measure comprises, but is not limited to, the following acts and omissions for which it is responsible under international law: [...]

(ix) the Russian Federation's assumption for control over and administration of all assets of Oschadbank Crimea through the DPF [...] »³⁷⁵. (souligné par nous)

438. Afin de voir condamner la Fédération de Russie au titre d'une prétendue appropriation de la Succursale en Crimée, il était donc indispensable qu'Oschadbank démontre que celle-ci était responsable des actes du DPF. Il s'agit dès lors sans conteste d'un élément essentiel pour que les prétentions d'Oschadbank puissent prospérer.

³⁷³ Statement of Claim, titre de la section 2 à la page 65 (pièce FR-2).

³⁷⁴ Statement of Claim, §§223-239 (pièce FR-2).

³⁷⁵ Statement of Claim, §386 (pièce FR-2).



439. Au soutien de cela, Oschadbank s'est pourtant contentée d'affirmations qui ne sont étayées par aucun élément et dont l'extrême concision a de quoi surprendre. En effet, sur l'imputabilité des actes du DPF à la Fédération de Russie, les allégations d'Oschadbank ne représentent que trois paragraphes d'à peine plus de dix lignes au total, qu'il est donc aisé pour la concluante de reproduire ci-dessous sans risquer d'alourdir les présentes écritures :

« 410. The DPF is a creation of the Russian State. It was formed by the Deposit Insurance Agency of the Russian Federation as provided in, and for the purposes of implementing provisions of the Federal Law on Crimean Depositor Protection. Throughout the course of 2014 the Russian Federation set up a broad network of DPF offices in Crimea.

411. The DPF is an instrument of the Russian State under the direction and control of the Russian Government. As defined in the DPF Charter, its main objective is to implement provisions of the Federal Law on Crimean Depositor Protection and the Federal Law on the Crimean Financial System.⁶³³ The DPF played a key role in facilitating the Russian Federation's control over the Crimean banking system.

412. Applying the functions of structure, function and control in accordance with the ILC Articles [Articles de la CDI], it is plain that the Russian Federation may be held responsible under international law in respect of the DPF's actions »³⁷⁶.

440. Le traitement que le tribunal a réservé à cette question essentielle de l'imputabilité des actes du DPF à la Fédération de Russie est éminemment critiquable puisqu'il s'est tout simplement contenté de recopier les affirmations d'Oschadbank, pour en déduire que la Fédération de Russie était responsable des actes du DPF et pour allouer une indemnité supérieure à un milliard de dollars US. Là encore, eu égard à sa concision, la concluante reproduira sans peine l'extrait correspondant de la Sentence :

« 262. In relation to the DPF, the Tribunal recalls the following considerations raised by the Claimant:

1. The DPF was formed by the Deposit Insurance Agency of the Russian Federation for the purposes of implementing the Federal Law on Crimean Depositor Protection;

³⁷⁶ Statement of Claim, §§223-228 (pièce FR-2).



2. *The DPF is an instrument of the Respondent under the direction and control of the Respondent's Government;*
3. *The DPF's main objective is to implement provisions of the Federal Law on Crimean Depositor Protection and the Federal Law on the Crimean Financial System; and*
4. *The DPF played a key role in facilitating the Respondent's control over the Crimean banking system.*

263. *For the foregoing reasons, the Tribunal finds that the Respondent is responsible under international law and under Article 8 of the ILC Articles for the DPF's actions »³⁷⁷.*

441. La reprise, presque mot pour mot, des affirmations d'Oschadbank dans la Sentence, sans aucune justification de leur pertinence, sans aucune trace de la moindre appréciation critique portée par le tribunal arbitral, suffit à démontrer l'absence totale de contrôle et de vérification opérée par celui-ci sur la question de l'imputabilité des actes du DPF à la Fédération de Russie.

442. Dans ses écritures, Oschadbank tente en vain de renverser cet argument et, au contraire, elle en confirme la pertinence. En effet, alors qu'elle retrace d'abord son argumentation, puis la motivation du tribunal, pour tenter de démontrer l'imputabilité des actes du DPF à la Fédération de Russie, on voit bien qu'en réalité, la seconde est totalement calquée sur la première, sans aucune approche critique. Les conclusions d'Oschadbank ne font que confirmer le procédé de « copier-coller » de son Statement of Claim qui a manifestement été employé par le tribunal arbitral dans sa Sentence³⁷⁸.

443. Or, la reprise à l'identique de l'argumentation d'Oschadbank a conduit le tribunal à retenir une solution erronée puisque les conditions de l'imputabilité des actes du DPF à la Fédération de Russie n'étaient pas réunies en l'espèce.

§2 Les conditions posées par le droit international de l'imputabilité des actes du DPF à la Fédération de Russie

444. Le manquement du tribunal arbitral est d'autant plus évident que l'article 8 des Articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (ci-après « *Articles de la CDI* »), sur lequel s'est fondé le tribunal pour considérer que la Fédération de Russie était responsable des actes du DPF, dispose que :

³⁷⁷ Sentence, §§262-263.

³⁷⁸ Conclusions Oschadbank du 15 décembre 2020, §§ 242-243.



« Article 8. Comportement sous la direction ou le contrôle de l'État

Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes, en adoptant ce comportement, agit en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet État »³⁷⁹.

445. Pour que le tribunal arbitral puisse retenir, comme il l'a fait, que les actes du DPF étaient imputables à la Fédération de Russie, il était donc nécessaire d'établir que celle-ci en avait donné l'instruction au DPF ou, à tout le moins, qu'elle en avait spécifiquement assuré le contrôle.

446. Il ne fait aucun doute que c'est au demandeur qu'incombe d'apporter la preuve de ce que les actes imputés à l'État ont été effectués sur ses instructions ou sous son contrôle. Cette solution qui tient aussi du bon sens est largement admise en droit international. Ainsi, dans la décision en date du 10 juin 2015 rendue dans l'affaire *Lao Holdings v Lao People's Democratic Republic*, le tribunal arbitral a ainsi rappelé que, sur la question de l'imputabilité :

« a Tribunal must be careful not to shift the onus of proof from the Claimant to the Respondent Government [...] »³⁸⁰. (souligné par nous)

447. Le fait que l'entité qui en est prétendument l'auteur soit détenue par l'État ou que ce dernier exerce sur elle un contrôle général n'est pas suffisant pour démontrer que les actes reprochés sont imputables audit État. Les décisions rendues en ce sens par des tribunaux arbitraux abondent³⁸¹. Comme l'indiquent le commentaire des Articles de la CDI :

« Le fait que l'État a été à l'origine d'une société, que ce soit par le biais d'une loi spécifique ou autrement, n'est pas une base suffisante pour lui attribuer le comportement ultérieur de cette

³⁷⁹ Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, Annuaire de la Commission du droit international, 2001, p. 109 (pièce FRJ-39).

³⁸⁰ *Lao Holdings N. V. v Lao People's Democratic Republic*, ICSID Case No. ARB(AF)12/6, Decision on the Merits, en date du 10 juin 2015, §11, voir également 85 (pièce FRJ-40).

³⁸¹ Voir ainsi : *UAB E Energija (Lithuania) v Republic of Latvia*, ICSID Case No. ARB/04/13, Award, en date du 21 décembre 2017, §§ 825-826 ; *Saint-Gobain Performance Plastics Europe v Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/12/13, Decision on Liability and the Principle of Quantum, en date du 30 décembre 2016, § 452 ; *Mr. Kristian Almàs and Mr. Geir Almàs v The Republic of Poland*, PCA Case No 2015-13, Award, en date du 27 juin 2016, § 270 ; *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/11/28, Award, en date du 10 mars 2014, § 311.



entité. Dès lors que l'on considère que les sociétés, même si elles appartiennent à l'État et sont en ce sens soumises à son contrôle, ont un statut séparé, leur comportement dans l'exécution de leurs activités n'est pas prima facie attribuable à l'État »³⁸².

448. Les tribunaux arbitraux font une application constante de ces principes. Ainsi, par exemple, dans l'affaire *Jan de Nul v Arab Republic of Egypt*, aux termes d'une sentence rendue le 6 novembre 2008, le tribunal arbitral a relevé que :

« International jurisprudence is very demanding in order to attribute the act of a person or entity to a State, as it requires both a general control of the State over the person or entity and specific control of the State over the act the attribution of which is at stake »³⁸³. (souligné par nous)

449. Or, en l'espèce, le mémoire en demande est totalement muet sur le fait que la Fédération de Russie aurait donné des instructions au DPF concernant la Succursale en Crimée de Oschadbank ou, à tout le moins, assuré le contrôle des actes du DPF prétendument à l'origine de la perte de l'investissement d'Oschadbank en Crimée.

450. Ainsi, concernant la question de l'imputabilité, le tribunal arbitral s'est fondé sur l'article 8 des Articles de la CDI, qui exigeait qu'Oschadbank établisse une situation bien spécifique, à savoir qu'elle démontre les instructions ou le contrôle exercé par la Fédération de Russie sur les actes reprochés au DPF. Cependant, dans leur Sentence, les arbitres se sont bornés à reprendre, quasiment au mot près, les affirmations d'Oschadbank, alors même qu'elles n'évoquent à aucun moment les conditions de l'article 8 des Articles de la CDI – *a fortiori*, le fait qu'elles aient été remplies – et sont d'un extrême laconisme sur la question de l'imputabilité.

451. Cela démontre de plus fort que le tribunal arbitral n'a opéré aucun contrôle sur la question de l'imputabilité des actes du DPF à la Fédération de Russie puisque celui-ci l'a retenue alors même qu'il n'existait dans le dossier d'arbitrage pas le moindre élément en ce sens.

452. Si les arbitres avaient examiné cette question de l'imputabilité dans le respect de leur mission en faisant preuve de la diligence requise, ils auraient nécessairement constaté que la Fédération de Russie ne peut être tenue pour responsable des actes du DPF. La tâche des arbitres était pourtant particulièrement aisée car les éléments qui étaient présents dans le dossier d'arbitrage, si le tribunal arbitral les avait analysés – comme ses obligations au titre de sa mission

³⁸² Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, Annuaire de la Commission du droit international, 2001, p. 113 (pièce FRJ-39).

³⁸³ *Jan de Nul N.V. and Dredging International N. V. v Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/04/13, Award, en date du 6 novembre 2008, §173 (pièce FRJ-41).



l'imposaient – suffisaient à établir que les conditions posées par l'article 8 des Articles de la CDI n'étaient en l'espèce par réunies.

§3 Le dossier d'arbitrage démontre que les conditions de l'imputabilité des actes du DPF à la Fédération de Russie n'étaient pas réunies en l'espèce

453. En effet, il ressort du dossier présenté aux arbitres que le DPF est une entité (i) dotée de la personnalité morale distincte de celle de la Fédération de Russie et qui bénéficie (ii) d'une autonomie de gestion et (iii) d'une autonomie financière, ce dont il résulte qu'il ne reçoit pas d'instructions et n'est pas contrôlé par l'État russe.

454. Le DPF a été créé par la Loi fédérale de la Fédération de Russie N° 39-FZ du 2 avril 2014 sur la défense des intérêts des personnes physiques ayant des dépôts au sein de banques ou succursales de banques enregistrées et/ou opérant sur le territoire de la République de Crimée et sur le territoire de la ville d'importance fédérale de Sébastopol (*On the Defense of Interests of Natural Persons Having Deposits in Banks and solitary Structural subdivisions of Banks registered and/or Operating ont the Territory of the Republic of Crimea and on the Territory of the City of Federal significance, Sevastopol*), avec pour mission d'indemniser les déposants de leurs pertes³⁸⁴, d'être subrogé dans les créances desdits déposants à l'égard des banques défaillantes³⁸⁵ et d'agir en justice contre les établissements bancaires en défaut afin d'obtenir le remboursement des indemnités versées³⁸⁶.

455. Comme l'a admis Oschadbank elle-même dans son mémoire en demande, le DPF est « *an autonomous non-profit organisation* »³⁸⁷. Ce caractère autonome du DPF a été expressément posé par la Loi fédérale N° 39-FZ prévoyant que le DPF serait fondé par une corporation d'État, l'Agence pour l'Assurance des Dépôts (ci-après la « DIA »), « *in the form of an autonomous noncommercial organization* »³⁸⁸. De même, la Charte du DPF ne cesse de rappeler que le DPF est une « *autonomous non-profit organisation* »³⁸⁹.

456. L'autonomie du DPF est pleinement confirmée par les dispositions de la Loi fédérale N° 39-FZ du 2 avril 2014, qui fait notamment référence au fait que le

³⁸⁴ Loi fédérale de la Fédération de Russie N° 39-FZ du 2 avril 2014, articles 7 et 8 (Pièce CE-130 dans l'arbitrage) (pièce FR-2).

³⁸⁵ Loi fédérale de la Fédération de Russie N° 39-FZ du 2 avril 2014, article 6 (Pièce CE-130 dans l'arbitrage) (pièce FR-2).

³⁸⁶ Loi fédérale de la Fédération de Russie N° 39-FZ du 2 avril 2014, article 7(3) (Pièce CE-130 dans l'arbitrage) (pièce FR-2).

³⁸⁷ Statement of Claim, §130 (pièce FR-2).

³⁸⁸ Loi fédérale de la Fédération de Russie N° 39-FZ du 2 avril 2014, article 4(1) (Pièce CE-130 dans l'arbitrage) (pièce FR-2).

³⁸⁹ *The Charter of the Autonomous Non-profit Organization "Depositor Protection Fund"* (Pièce CE-126 dans l'arbitrage) (pièce FR-2).



DPF est doté d'un patrimoine propre³⁹⁰, est titulaire de comptes bancaires³⁹¹, n'est pas tenu des dettes de la Fédération de Russie³⁹² et agit lui-même pour obtenir le recouvrement des créances des déposants victimes de banques défailtantes auxquelles il est subrogé³⁹³.

457. Au-delà, la Loi fédérale précitée définit la mission du DPF et ses pouvoirs. Celui-ci doit donc les mettre en œuvre en respectant ces dispositions, dans les conditions et selon les limites qu'elles imposent et, de façon générale, en respectant l'ensemble de la législation russe ainsi que les actes réglementaires pris par la DIA. C'est précisément ce que prévoit la Charte du DPF lorsqu'elle indique que celui-ci doit exercer ses activités « *in accordance with the Law on the Defense of interests of persons, the Law on the peculiarities of the functioning of the financial system and other regulatory legal acts of the Russian Federation and administrative regulatory acts of the [DIA]* »³⁹⁴.

458. Il n'existe en revanche aucun mécanisme légal qui autoriserait l'État de la Fédération de Russie à interférer dans la mise en œuvre par le DPF de sa mission, ce dont il résulte que celui-ci jouit d'une complète autonomie de gestion. De surcroît, la Loi fédérale N° 39-FZ exclut expressément que le contrôle de l'État russe puisse s'exercer sur l'activité du DPF, puisqu'elle dispose que la tutelle du DPF est exercée par le conseil de directeurs de la DIA³⁹⁵, qui est une entité elle-même dotée de la personnalité morale distincte de celle de la Fédération de Russie.

459. De surcroît, de même que pour le DPF, il n'existe aucun mécanisme qui permette à la Fédération de Russie de s'immiscer dans les activités de la DIA, la loi russe prohibant expressément toute ingérence des organes étatiques, tant fédéraux que régionaux, des autorités locales et de la Banque Centrale russes dans les activités de la DIA, laquelle a fondé le DPF et qui est dotée de la personnalité morale séparée tant de la Fédération de Russie que du DPF.

³⁹⁰ Loi fédérale de la Fédération de Russie N° 39-FZ du 2 avril 2014, article 4(5) (Pièce CE-130 dans l'arbitrage) (**pièce FR-2**).

³⁹¹ Loi fédérale de la Fédération de Russie N° 39-FZ du 2 avril 2014, article 4(3) (Pièce CE-130 dans l'arbitrage) (**pièce FR-2**).

³⁹² Loi fédérale de la Fédération de Russie N° 39-FZ du 2 avril 2014, article 4(6) (Pièce CE-130 dans l'arbitrage) (**pièce FR-2**).

³⁹³ Loi fédérale de la Fédération de Russie N° 39-FZ du 2 avril 2014, article 7(12) (Pièce CE-130 dans l'arbitrage) (**pièce FR-2**).

³⁹⁴ *The Charter of the Autonomous Non-profit Organization "Depositor Protection Fund"*, article 2.2. (Pièce CE-126 dans l'arbitrage) (**pièce FR-2**).

³⁹⁵ Loi fédérale de la Fédération de Russie N° 39-FZ du 2 avril 2014, article 4(14) (Pièce CE-130 dans l'arbitrage) (**pièce FR-2**).



460. Le DPF jouit donc incontestablement d'une autonomie de gestion par rapport à la Fédération de Russie. De façon similaire, il bénéficie également d'une autonomie financière.

461. D'abord, la Loi fédérale N°39-FZ du 2 avril 2014 prévoit expressément que le DPF doit utiliser ses propres ressources afin de remplir sa mission :

« The [DPF] shall use its own property in order to fulfill the functions provided by the present Federal Law. »³⁹⁶ [...]

« Expenses for conducting measures connected with the acquisition by the [DPF] of rights (or demands) with regard to deposits and the effectuation of contributory compensation payments, including expenses for the payment of services of organizations enlisted to receive applications of depositors and the effectuation of contributory compensation payments, taking of measures for the satisfaction of rights (or demands) acquired by the [DPF] with regard to deposits in accordance with the present Federal Law shall be financed at the expense of property of the [DPF] »³⁹⁷. (surligné et souligné par nous)

462. Pour ce faire, le DPF dispose de ressources propres que lui procurent les actions récursoires exercées contre les banques défailtantes au titre des créances auxquelles le DPF est subrogé après avoir dédommagé les déposants. En outre, comme évoqué plus haut, le DPF dispose de ses propres comptes bancaires et n'est pas responsable des obligations de tiers, quels qu'ils soient, notamment l'État russe³⁹⁸. Il est donc clair au regard de ce qui précède que le DPF dispose d'un patrimoine propre, distinct de celui de la Fédération de Russie, qu'il gère en totale autonomie.

463. Dans ces conditions, le DPF bénéficie d'une indépendance fonctionnelle et financière indiscutable à l'égard de l'État russe, si bien qu'il ne saurait être regardé comme recevant des instructions ou étant sous le contrôle de l'État de la Fédération de Russie, *a fortiori* s'agissant des actes qu'Oschadbank entend imputer à celle-ci.

464. Si la Sentence indique le contraire et mentionne que « *the DPF is an instrument of the Respondent under the direction and control of the Respondent's*

³⁹⁶ Loi fédérale de la Fédération de Russie N° 39-FZ du 2 avril 2014, article 4(5) (Pièce CE-130 dans l'arbitrage) (pièce FR-2).

³⁹⁷ Loi fédérale de la Fédération de Russie N° 39-FZ du 2 avril 2014, article 4(7) (Pièce CE-130 dans l'arbitrage) (pièce FR-2).

³⁹⁸ Loi fédérale de la Fédération de Russie N° 39-FZ du 2 avril 2014, articles 4(3) et 4(6) (Pièce CE-130 dans l'arbitrage) (pièce FR-2).



Government »³⁹⁹, retenant, au visa de l'article 8 des Articles de la CDI, que la Fédération de Russie est responsable des actes du DPF, c'est parce que le tribunal s'est contenté de reprendre les affirmations d'Oschadbank sans les vérifier.

465. Dans ses écritures, Oschadbank ne remet d'ailleurs pas en cause l'analyse de la Fédération de Russie quant à l'impossibilité de lui imputer les actes du DPF. Elle se contente simplement d'indiquer qu'elle « conteste » le raisonnement de la Fédération de Russie, sans indiquer en quoi⁴⁰⁰. Elle se retranche une fois de plus derrière l'argument totalement inopérant d'une prétendue demande de révision de la Sentence au fond par la Fédération de Russie, alors qu'il est clair qu'est caractérisée une violation de sa mission par le tribunal.

466. S'il avait respecté sa mission, le tribunal arbitral aurait nécessairement constaté que les actes du DPF ne peuvent en aucun cas être imputés à la Fédération de Russie et que, par conséquent, cette dernière ne pouvait faire l'objet d'aucune condamnation au titre d'une prétendue expropriation illégale d'Oschadbank de sa Succursale en Crimée.

467. Aussi, la Fédération de Russie demande à la Cour d'annuler la Sentence entreprise à ce titre, sur le fondement de l'article 1520 3° du CPC.

*
* *

468. La Sentence encourageant l'annulation, les frais que la Fédération de Russie a exposés pour la présente instance ne pourraient pas être laissés à sa charge. C'est la raison pour laquelle elle demande qu'Oschadbank soit condamnée à lui verser 300.000 euros au titre de l'article 700 CPC et à supporter les entiers dépends.



³⁹⁹ Sentence, §262.

⁴⁰⁰ Conclusions Oschadbank du 15 décembre 2020, §245.

PAR CES MOTIFS

Vu l'article 1520 du Code de procédure civile
Vu l'ensemble des moyens formulés dans les présentes écritures

Il est demandé à votre Cour, par le présent dispositif, de :

Annuler la sentence arbitrale rendue à Paris le 26 novembre 2018 dans le PCA
Case N°2016-14 ;

Condamner la société JSC Oschadbank à verser à la Fédération de Russie la
somme de 300.000 euros au titre des dispositions de l'article 700 du Code de
procédure civile ;

Condamner la société JSC Oschadbank aux entiers dépens, dont distraction au
profit de la SELARL LEXAVOUE PARIS-VERSAILLES.

SOUS TOUTES RESERVES



LISTE DES PIECES PRODUITES

PIECES FACTUELLES

Pièces factuelles notifiées le 18 juillet 2019

Pièce FR-1	Sentence arbitrale rendue le 26 novembre 2018
Pièce FR-2	Intégralité du dossier de la procédure arbitrale tel que reçu de la Cour Permanente d'Arbitrage (en format électronique)
Pièce FR-3	Règlement du Comité Central Exécutif de l'URSS et du Conseil des Commissaires des Peuples de l'URSS sur les Caisses d'épargne de travail de l'État en date du 27 novembre 1925
Pièce FR-4	Règlement du Comité Central Exécutif de l'URSS et du Conseil des Ministres de l'URSS sur le perfectionnement du système bancaire dans l'État et l'amplification de leur influence sur l'efficacité économique No. 821 du 17 juillet 1987
Pièce FR-5	Archive Publique Centrale des Autorités Suprêmes d'Ukraine, le Fonds No. 4753, l'Inventaire des dossiers du stockage permanent No. 1 pour la période 1981-1999, pp. 1-9, fait à Kiev le 20 septembre 2013
Pièce FR-6	Ordonnance de la Rada Suprême d'Ukraine No. 873-XII sur l'entrée en vigueur de la loi sur les banques et les activités des banques du 20 mars 1991
Pièce FR-7	Ordonnance de la Rada Suprême d'Ukraine No. 1427-XII sur la déclaration d'indépendance d'Ukraine du 24 août 1991
Pièce FR-8	Compte rendu de la Réunion du Conseil de la Banque No. 1 en date du 3 septembre 1991
Pièce FR-9	Statuts de la Banque d'Epargne Publique Commerciale Spécialisée d'Ukraine approuvés par le Conseil de la Banque le 3 septembre 1991 et enregistrés par la Banque National d'Ukraine le 31 décembre 1991
Pièce FR-10	Décret du Président d'Ukraine No.106 sur la réorganisation de la Banque d'Epargne Publique Commerciale Spécialisée d'Ukraine en date du 20 mai 1999
Pièce FR-11	Ordonnance du cabinet des ministres d'Ukraine No. 876 sur quelques questions de la gestion de la Banque d'Epargne Publique Commerciale Spécialisée d'Ukraine en date du 21 mai 1999



Pièce FR-12	Statistiques sur les principaux indicateurs de performance de la Caisse publique d'épargne de travail de la République socialiste soviétique autonome de Crimée à la date du 1 ^{er} janvier 1971
Pièce FR-13	Règlement du Conseil de la Banque d'Epargne d'Ukraine approuvé par la Réunion du Conseil de la Banque le 3 septembre 1991
Pièce FR-14	Consultation du Professeur Maurice Mendelson en date du 11 août 2017
Pièce FR-15	Arrêts du Tribunal Fédéral suisse du 16 octobre 2018 dans les affaires 4A 396 2017 et 4A 398 2017
Pièce FR-16	Attestations de Maître Elliott Geisinger en date du 10 janvier 2019 et de Maître Christopher Boog en date du 11 janvier 2019

Pièces factuelles notifiées le 30 juin 2020

Pièce FR-17	Courriel adressé par les conseils de la Fédération de Russie aux conseils d'Oschadbank en date du 25 mars 2019
Pièce FR-18	Courrier adressé par Oschadbank à Monsieur le Conseiller de la mise en état en date du 8 août 2019
Pièce FR-19	Courrier adressé par la Fédération de Russie à Monsieur le Conseiller de la mise en état en date du 9 août 2019
Pièce FR-20	Courriel adressé par les conseils de la Fédération de Russie aux conseils d'Oschadbank en date du 8 avril 2019 et pièces jointes
Pièce FR-21	Courriel adressé par les conseils de la Fédération de Russie aux conseils d'Oschadbank en date du 30 avril 2019 et pièces jointes
Pièce FR-22	Article du Global Arbitration Review en date du 23 juillet 2019
Pièce FR-23	Ordonnance sur incident en date du 22 octobre 2019
Pièce FR-24	Recours en révision de la Sentence formé par la Fédération de Russie le 19 août 2019
Pièce FR-25	Réponse d'Oschadbank en date du 25 septembre 2019 dans le recours en révision de la Sentence
Pièce FR-26	Réplique de la Fédération de Russie en date du 25 octobre 2019 dans le recours en révision de la Sentence
Pièce FR-27	Duplique d'Oschadbank en date du 25 novembre 2019 dans le recours en révision de la Sentence
Pièce FR-28	Email adressé par les conseils d'Oschadbank au tribunal arbitral le 26 novembre 2019
Pièce FR-29	Courrier adressé par les conseils de la Fédération de Russie au tribunal arbitral en date du 10 décembre 2019
Pièce FR-30	Décision de sursis à statuer désignée <i>Decision to stay consideration of respondent's application for revision and claimant's application for security for costs</i> en date du 23 décembre 2019



Pièce FR-31	Consultation de Monsieur le Professeur Yves-Marie Serinet en date du 25 juin 2020
Pièce FR-32	Consultation du Professeur Xavier Boucobza en date du 24 octobre 2019
Pièce FR-33	Consultation du Professeur Yves Nouvel en date du 29 juin 2020
Pièce FR-34	Consultation du Professeur Tatiana Nikolaevna Kurokhtina en date du 24 juin 2020
Pièce FR-35	Consultation du Professeur Sergey Tyulenev en date du 24 juin 2020
Pièce FR-36	Consultation du Professeur Xavier Boucobza en date du 25 juin 2020
Pièce FR-37	Proposition ukrainienne de 1994
Pièce FR-38	Proposition ukrainienne de 1997
Pièce FR-39	Compte rendu signé par les chefs des délégations russe et ukrainienne de la réunion de négociations des 19 au 21 janvier 1998
Pièce FR-40	Déclaration de témoin Andrey Kondakov en date du 25 octobre 2019 et documents annexés numérotés AK-1 à AK-10
Pièce FR-41	Consultation du Professeur Yves-Marie Serinet en date du 24 octobre 2019
Pièce FR-42	Communiqué de presse émis par Oschadbank le 18 septembre 2019, original en ukrainien et traduction libre en français

Pièces factuelles notifiées le 21 janvier 2021

Pièce FR-1b	Traduction en langue française de la sentence arbitrale rendue le 26 novembre 2018
Pièce FR-43	Sténotypie <i>verbatim</i> de l'audience du 19 novembre 2020 d'audition des Professeurs Yves Nouvel et Xavier Boucobza
Pièce FR-44	Echange de courriels entre David Williams, président du tribunal arbitral, et les conseils de la Fédération de Russie en date du 7 décembre 2020

PIECES JURIDIQUES

Pièces juridiques notifiées le 30 juin 2020

Pièce FRJ-1	C. Santulli, « La crise Ukrainienne : position du problème », Rev. Gén. Droit International Public, 2014, p. 799 et s, lequel
-------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------



	considère que « <i>il y a lieu d'admettre qu'un titre territorial valable sur la Crimée s'est constitué au profit de la Russie</i> »
Pièce FRJ-2	CA Paris (Ord. CME), 21 décembre 2017, <i>SCS GE Medical Systems c/ Mohamed Saleh Mansouri El Gmati et Société Tasharukiat Alsaqr Alakhdar</i> , RG n° 16/21530
Pièce FRJ-3	CA Paris, 16 octobre 2008, <i>SA Prim 'Nature</i> , RG n° 07/12356, Rev. arb. 2010, 110
Pièce FRJ-4	Cass. civ. 1 ^e , 6 janvier 1987, <i>Plateau des Pyramides</i> , Rev. arb. 1987, p. 469, note Ph. Leboulanger
Pièce FRJ-5	Cass. civ. 1 ^{ère} , 6 octobre 2010, <i>Abela Foundation</i> , Rev. arb. 2010, p. 813, note F.-X. Train
Pièce FRJ-6	CA Paris, Pôle 5, Ch. 16, 3 juin 2020, <i>République Bolivarienne du Venezuela c/ Monsieur Serafin Garcia Armas, Madame Karina Garcia Gruber</i> , RG no, 19/03588
Pièce FRJ-7	Cass. civ 1 ^{ère} . 13 février 2019, <i>Transporte Dole et Alimentos Frisa c/ République bolivarienne du Venezuela</i> , n° 17-25851
Pièce FRJ-8	Cass. civ. 1 ^{ère} , 8 juillet 2009, <i>Soerni</i> , pourvoi n° 08-16025
Pièce FRJ-9	<i>Plama Consortium Limited c/ République de Bulgarie</i> , arbitrage CIRDI No. ARB/03/24 Sentence partielle sur la compétence du 8 février 2005
Pièce FRJ-10	R. O'Keefe, Ch. Tams (dir.), <i>The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property</i> , OUP 2013
Pièce FRJ-11	CEDH, 5 février 2019, <i>Ndayegamiye-Mporamazina c. Confédération Helvétique</i> , affaire n° 16874/12
Pièce FRJ-12	Convention de Vienne sur le droit des Traités du 23 mai 1969
Pièce FRJ-13	CE Ass., 9 juillet 2010, <i>Mme Cheriet-Benseghir</i> , requête n° 317747
Pièce FRJ-14	Sentence arbitrale intitulée " <i>Award concerning the Preliminary Objection of the Russian Federation</i> " en date du 21 février 2020 rendue dans l'affaire CPA 2017-06 Dispute Concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait (Ukraine v. the Russian Federation)
Pièce FRJ-15	Cour internationale de Justice, arrêt du 15 juin 1954, <i>Affaire de l'or monétaire pris à Rome en 1943</i> (Italie c. France, Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord et États-Unis d'Amérique)
Pièce FRJ-16	<i>PAO Tatneft v. Ukraine</i> [2018] EWHC 1797 (Comm), Jugement de la High Court du 13 Juillet 2018
Pièce FRJ-17	Article 10 modèle de TBI des Pays-Bas (version 1997)
Pièce FRJ-18	TBI entre la Grèce et la Yougoslavie du 25 juin 1997
Pièce FRJ-19	Opinion dissidente du Professeur Dobrosav Mitrovic en date du 6 septembre 2006



Pièce FRJ-20	CA Paris, Pôle 1, Ch. 1, 25 avril 2017, <i>République Bolivarienne du Venezuela c/ Monsieur Serafin García Armas, Madame Karina García Gruber</i> , RG n° 15/01040
Pièce FRJ-21	CA Paris, Pôle 1, ch. 1, 2 avril 2019, <i>Schooner Capital LLC et autres c/ République de Pologne</i> , RG 16/24358
Pièce FRJ-22	CA Paris 24 juin 1997, <i>Highlight Communications International AG c/ Europex</i> , Rev. Arb. 1997, 588 obs. D. Bureau
Pièce FRJ-23	L. Cadiet, « La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale », Rev. arb., 1996.3
Pièce FRJ-24	P. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, <i>Traité de l'arbitrage commercial international</i> , Litec, 1996, para 1606
Pièce FRJ-25	CA Paris, 25 septembre 2008, <i>République Tchèque c/ Nreka</i> , Rev. arb. 2009, 337, note I. Fadlallah
Pièce FRJ-26	J. Jourdain-Marques, obs. dans Dalloz actualité 17 avril 2019
Pièce FRJ-27	Boucaron-Nardetto, Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage, thèse, préf. J-B. Racine, PUAM 2013
Pièce FRJ-28	Cass. civ. 1 ^e , 4 mars 2020, <i>Antrix Corporation Limited c/ Devas Multimedia Private Limited</i> , pourvoi n° 18-22019
Pièce FRJ-29	E. Loquin, J.-Cl. Procédure civile, fasc. 1036, Arbitrage. Instance arbitrale, procédure devant les arbitres, 2015, n° 126
Pièce FRJ-30	CA Paris, Pôle 1, Ch. 1, 21 janvier 2010, <i>Société Inversiones Errazuriz Limitada SA c/ société Kreditanstalt für Wiederaufbau</i> , Rev. arb. 2010, 339, note approb. F.-X. Train
Pièce FRJ-31	CA Paris, Pôle 1, Ch. 1, 21 mai 2019, <i>Messieurs D. et K. c/ société Subway International BV</i> , RG n° 17/07210
Pièce FRJ-32	Cass. civ. 1 ^e , 19 décembre 1995, <i>Société Westman International Ltd v. société European Gaz Turbines</i> , pourvoi no. 93-20863 ; Rev. Arb. 1996, 49 note D. Bureau
Pièce FRJ-33	J. Pellerin, « Le cas de la fraude », in E. Loquin, S. Manciaux (dir.), L'ordre public et l'arbitrage, CREDIMI vol. 42, LexisNexis 2014
Pièce FRJ-34	CA Paris, Pôle 1, Ch 1, 1 ^{er} juillet 2010, <i>Société Thalès v. société Brunner Sociedad Civil de Administracao Ltda et autres</i>
Pièce FRJ-35	Ph. Stoffel-Munck, La responsabilité de l'arbitre, Rev. arb. 2017, p. 1123-1145
Pièce FRJ-36	P. Tercier, L'éthique des arbitres, in, G. Keutgen, <i>L'éthique dans l'arbitrage</i> , Bruylant, 2012
Pièce FRJ-37	Sentence arbitrale rendue sur l'égide du CIRDI le 8 décembre 2008 dans l'affaire <i>Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic</i> , ICSID Case No. ARB/04/14
Pièce FRJ-38	A. Dimolitsa, L'office de l'arbitre dans les procédures par défaut, Cahiers de l'Arbitrage
Pièce FRJ-39	Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, <i>Annuaire de la Commission du droit international</i> , 2001, p. 109



Pièce FRJ-40	<i>Lao Holdings N. V. v Lao People's Democratic Republic, ICSID Case No. ARB(AF)12/6, Decision on the Merits</i> , en date du 10 juin 2015
Pièce FRJ-41	<i>Jan de Nul N.V. and Dredging International N. V. v Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/04/13, Award</i> , en date du 6 novembre 2008

Pièces juridiques notifiées le 21 janvier 2021

Pièce FRJ-42	Affaire PCA n° 2013-19, <i>The South China Sea Arbitration (Philippines v. Chine)</i> , Award on jurisdiction and admissibility, 29 octobre 2015
Pièce FRJ-43	Award on Jurisdiction, 18 juin 2020, <i>Sergei Viktorovich Pugachev c/ Russian Federation</i>
Pièce FRJ-44	T. Clay, <i>L'arbitre</i> , Dalloz, 2001, p. 604-607

