



School of International Arbitration

School of International Arbitration, Queen Mary, University of London

International Arbitration Case Law

*Academic Directors: Ignacio Torterola
Loukas Mistelis*

JOSEPH CHARLES LEMIRE

v.

UKRAINE

(ARBITRAGE CIRDI No. ARB/06/18)

DECISION SUR LA COMPETENCE ET LA RESPONSABILITE

Décision rapportée par Alejandro Turyn^{**}

Révisée par Claudia Frutos-Peterson^{***}

Traduit en français par Neda Moini-Shabestari⁺

Dans une décision sur la compétence et la responsabilité en date du 14 janvier 2010, le Tribunal a rejeté les objections du défendeur quant à la compétence du centre et la compétence du Tribunal et a déclaré que l'Ukraine a violé le standard du traitement juste et équitable établi à l'article II.3 du TBI Ukraine-USA. Afin d'arriver à cette conclusion, le Tribunal a précisé que le défendeur a agi de façon discriminatoire et arbitraire en déformant la juste compétition entre les candidats aux licences de fréquence radios, prétendument en favorisant les candidats ayant des relations dans le monde politique et en facilitant l'attribution secrète de ces licences. Le Tribunal a décidé de déférer la question de la réparation – incluant les problèmes de quantum – dans une phase ultérieure.

Tribunal :	Professeur Juan Fernández-Armesto (Président), M. Jan Paulsson et Dr. Jürgen Voss.
Avocat du demandeur :	Dr. Hamid Gharavi, M. Julien Fouret et Mme Nada Sader du cabinet Derains & Gharavi (Paris, France).
Avocat du défendeur :	M. John S. Willems, M. Michael A. Polkinghorne et Mme Olga Mouraviova du cabinet White & Case LLP (Paris, France) ; M. Sergii Svyryba, Mme Marta Khomyak et Mme Olha Yaniutina, Magisters (Kyiv, Ukraine).

^{**}Alejandro Turyn est un avocat senior de la Procuración del Tesoro de la Nación, Argentina.

INDEX DES POINTS DISCUTES

1. Faits en l'espèce.....	3
2. Questions de droit discutées dans la décision.....	4
a) Compétence en général (§§45-46).....	4
b) Compétence rationae materiae - transfert des fonds depuis l'étranger (§§51-59) – « découlant directement d'un investissement » (§§92-98).....	4
c) Compétence rationae voluntatis (§§75-83).....	5
d) Principes UNIDROIT (§§106-111).....	5
e) Interprétation des obligations fixées dans l'accord (§§114-208).....	6
f) Traitement juste et équitable (§§240-285).....	6
g) Discrimination (§261).....	8
h) Arbitraire (§§262-263).....	8
i) Attentes légitimes (§§266-268).....	8
j) Poursuite des recours nationaux (§§274-283).....	9
k) Analyse des demandes pour violation du traitement juste et équitable, TJE (§§287-421).....	9
l) Préjudices moraux en arbitrage investissements (§§449-453, 475-479, 486).....	10
m) La « clause parapluie » (§498).....	10
n) Conditions à réaliser (§§505-506, 510-511).....	10
3. Décision.....	11

*** Claudia Frutos-Peterson est un ancien avocat au CIRDI et actuellement conseil dans la pratique de l'arbitrage au sein du cabinet Curtis Mallet Prevost LLP.

+ Neda Moini-Shabestari est stagiaire chez Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP, Milan. Diplômée en Master 2 « Arbitrage et Commerce International », Université de Versailles.

Résumé

1. Faits en l'espèce

Joseph Charles Lemire, citoyen des Etats-Unis, possédait et contrôlait indirectement « Radiocompany Gala » (« Gala »), une station radio dont la licence lui permettait la diffusion sur diverses fréquences en Ukraine.

Le 14 novembre 1997, M. Lemire (« Demandeur ») a introduit une demande d'arbitrage (le « premier arbitrage ») au sein du centre international pour le règlement des différends relatifs aux Investissements (« CIRDI » ou le « Centre ») contre l'Ukraine, au regard des mêmes investissements qui se trouvent à la base du présent arbitrage. Le premier arbitrage a été conclu par un accord (« l'Accord »), qui a été enregistré par le Tribunal dans une sentence commune rendue en date du 18 Septembre 2000 (« la sentence de 2000 ») (Cf. Arbitrage CIRDI No. ARB (AF) 98/1). L'Accord prévoyait que les disputes découlant de l'Accord ou en relation avec celui-ci seront soumises à l'arbitrage sous les Règles de la Facilité Additionnelle du CIRDI (« la clause d'arbitrage »).

En application de l'Accord, Gala a bénéficié de l'attribution de différentes licences. Toutefois, après que le premier arbitrage ait été réglé, la société a participé à plus de 200 offres pour l'attribution de licences, toutes ces dernières – à l'exception d'une seule – ont été attribuées à ses concurrents.

Le 11 septembre 2006, M. Lemire a introduit une seconde demande d'arbitrage (« le second arbitrage ») contre l'Ukraine. La demande, qui a été ajoutée par le demandeur le 14 novembre 2006, a été enregistrée par le centre le 8 Décembre 2006.

Dans le second arbitrage, le demandeur soutient des violations de l'Accord (autrement dit de la Sentence de 2000) et du TBI Ukraine-USA. Plus spécifiquement, le demandeur se plaint que l'Ukraine n'a pas rempli ses obligations découlant de l'Accord, et que l'Ukraine a (1) manqué de fournir un traitement juste et équitable lors de l'attribution des fréquences radios, (2) continuellement harcelé M. Lemire, (3) violé la « clause parapluie » du Traité, et (4) violé l'interdiction des conditions locales d'achat.

Le Tribunal a été constitué le 14 juin 2007. Le 26 Mars 2008, le Tribunal a notifié aux parties qu'il joignait les problèmes de compétence à ceux du fond.

Le Défendeur conteste les allégations de violation du TBI et de l'Accord, et soulève un certain nombre d'objections : (1) le centre n'a pas compétence sur les demandes découlant de l'Accord ; (2) il n'existe aucun investissement appuyant les demandes liées aux offres des fréquences additionnelles ; (3) le capital investi par le demandeur ne provient pas de l'étranger ; et (4) le demandeur n'a pas présenté une affaire *prima facie* de l'expropriation.

2. Questions de droit discutées dans la décision

a. Compétence en général (§45-46)

Afin que le centre puisse avoir compétence au regard des demandes introduites par le demandeur, quatre conditions reconnues doivent être remplies, trois dérivent de l'article 25 de la convention CIRDI et la quatrième résulte du principe général de droit de non-rétroactivité :

- Premièrement, une condition *ratione personae* : le litige doit opposer un état contractant et un national de l'autre état contractant ;
- Deuxièmement, une condition *ratione materiae* : le litige doit être un contentieux juridique découlant directement d'un investissement ;
- Troisièmement, une condition *ratione voluntatis* : l'état contractant et l'investisseur doivent consentir à s'accorder sur le fait que le litige sera réglé par un arbitrage CIRDI ;
- Quatrièmement, une condition *ratione temporis* : la convention CIRDI doit être applicable au moment donné. (§45)

Les conditions juridictionnelles de l'article 25 de la convention CIRDI doivent être lues comme étant en corrélation avec celles du TBI. (§46).

b. Compétence *ratione materiae* - transfert des fonds depuis l'étranger (§ 51-59) – « découlant directement d'un investissement » (§92-98)

Le défendeur conteste la compétence *ratione materiae* du Tribunal en soutenant que M. Lemire n'avait pas d'investissement en Ukraine puisque, *inter alia*, il n'avait pas prouvé que les fonds investis dans le pays provenaient de l'étranger. Le Tribunal a soutenu que ni le TBI, ni la convention CIRDI n'incluaient une condition de provenance du capital, et qu'une telle mesure ne peut être déduite de ces derniers. (§56) En réalité, la disposition du TBI sur les réinvestissements des gains suggère exactement le contraire : les fonds investis ne doivent pas nécessairement provenir de l'étranger. (§ 57)

Le défendeur soutient également que le litige au regard de l'allocation de nouvelles fréquences – alors que l'on peut douter qu'elles soient dans le domaine du TBI – n'émane

pas directement d'un investissement, et c'est la raison pour laquelle, n'entre pas dans le champ de l'article 25(1) de la convention CIRDI. Afin de déterminer si l'affaire du demandeur puisse être considérée comme « découlant directement d'un investissement », le Tribunal a distingué la situation selon laquelle un investisseur essaie d'entrer dans le marché pour la première fois, de celle où l'investisseur fait d'autres investissements par la suite après le premier engagement de capital. Alors que l'on peut débattre du fait que les activités de pré investissement puisse jouir de la protection du Traité (§89), il était clair dans cette affaire que M. Lemire avait déjà un investissement dans Gala et que ses candidatures pour des licences additionnelles ne constituaient uniquement que la mise en exécution d'un plan commercial en relation avec cet investissement. (§§92-98).

c. Compétence rationae voluntatis (§§75-83)

Le demandeur a commencé un arbitrage conformément à la clause d'arbitrage de l'Accord (Sentence de 2000) et du TBI Ukraine-USA. Par conséquent, le Tribunal a analysé la condition *ratione voluntatis* pour la compétence par rapport à chaque instrument. (§60)

La clause d'arbitrage de l'Accord prévoit un arbitrage selon les règles de la facilité additionnelle du CIRDI. Néanmoins, ces règles sont supplantées par les règles CIRDI comme résultant de la ratification par l'Ukraine de la convention CIRDI. Le Tribunal a déclaré que les clauses d'arbitrage imprécises sont fréquentes en arbitrage commercial et que les arbitres doivent les interpréter afin de rétablir la réelle intention des parties, qui pourraient potentiellement être déformée par leur ignorance sur les mécanismes d'arbitrage, que ce soient des erreurs de désignation correcte de l'institution ou des règles, ou bien – comme c'est le cas ici – en développant des raisonnements juridiques. D'après le Tribunal, la réelle intention des parties dans cette affaire est très claire ; la clause d'arbitrage stipulait effectivement que chaque partie pourrait soumettre une demande de résolution de litiges au CIRDI. En conséquence, d'après le Tribunal, la signification de la clause d'arbitrage prouvent que l'intention des parties est de soumettre tout litige découlant de, et en relation avec l'Accord, à un arbitrage administré par le CIRDI, et non par aucun autre mécanisme de résolution de litiges, ni par aucun Tribunal national. (§§ 75-81)

Le Tribunal a décidé que dans la clause d'arbitrage, les parties se sont référées correctement aux règles applicables au moment où l'Accord a été exécuté – c'est-à-dire les règles de la facilité additionnelle du CIRDI. Nonobstant, lorsque l'Accord a été enregistré comme une sentence, il y a quelques mois, il n'a pas été pris en compte que l'Ukraine venait juste de ratifier la convention CIRDI, et, qu'à ce moment donné, les règles applicables étaient les règles d'arbitrage CIRDI et non celles de la facilité additionnelle du CIRDI. D'après le Tribunal, l'ambiguïté ignorée par les parties lors de l'enregistrement de l'Accord en tant que sentence a été purement technique et secondaire, et n'est pas en mesure de déformer leur réelle intention : tout litige découlant de l'Accord ou en relation avec celui-ci sera soumis à l'arbitrage CIRDI, et sera régi par les règles appropriées approuvées par le centre (c'est-à-dire avant que l'Ukraine ait ratifié la

convention CIRDI : les règles de la facilité additionnelle du CIRDI ; et après la ratification : les règles d'arbitrage CIRDI.) (§§ 82-83)

d. Principes UNIDROIT (§§106-111)

Le Tribunal a fait référence aux Principes UNIDROIT au regard du droit applicable à l'Accord. Le choix quant à ce droit dans l'Accord prévoit que le droit applicable sera déterminé conformément à l'article 54 des règles de la facilité additionnelle du CIRDI. Le Tribunal a soutenu qu'en incorporant des parties conséquentes des principes UNIDROIT dans l'Accord, les parties ont fait un choix négatif en écartant tout régime juridique étatique. En conséquence, le Tribunal a décidé qu'il semble pertinent de soumettre l'Accord au droit international, et parmi ces règles, de porter une importance particulière aux principes UNIDROIT. (§§ 108-109)

e. Interprétation des obligations fixées dans l'Accord (§§114-208)

Avant d'analyser si le défendeur a violé ses obligations prévues par l'Accord, le Tribunal a interprété le sens et la portée de ces obligations conformément aux Principes UNIDROIT. Le Tribunal a retenu que le texte de l'Accord constituait la seule source d'obligations, et que toutes les attentes que le demandeur a eues durant la phase de négociation, sauf si prévu dans le texte, ne donnait pas lieu à des obligations contractuelles. (§115) Le Tribunal a analysé chacune de ses violations de l'Accord qui ont été présentées et a décidé que le défendeur n'avait violé aucune de ses obligations. (§§ 117-208)

f. Traitement juste et équitable (§§240-285)

Le demandeur a soutenu que le défendeur avait violé le TBI Ukraine-USA en manquant d'établir le traitement juste et équitable (« TJE ») à l'investissement du demandeur. Plus particulièrement, le demandeur s'est plaint de rejets successifs par les autorités sur plus de 200 candidatures proposées par Gala pour de nouvelles attributions de licences.

Le Tribunal a commencé par définir le standard TJE du TBI. Il a retracé les origines des dispositions du TJE depuis le modèle TBI américain de 1994 à partir duquel il a été littéralement copié, avec uniquement un ajout quant à la référence de la révision judiciaire. (§§ 243-246) Le Tribunal a remarqué que la relation entre le standard TJE et le standard minimum international de protection des étrangers en droit coutumier international a fait l'objet d'un long débat. La réelle définition du standard minimum est remplie de difficultés. (§§ 247-248)

Le Tribunal a remarqué que dans le contexte de l'ALENA, une interprétation contraignante a été donnée le 31 juillet 2001 à ce sujet. La note interprétative de l'ALENA fixe un standard minimum comme plafond du TJE. La même proposition a été adoptée par la suite dans le modèle TBI américain de 2004. (§§ 250-251) Cependant, le Tribunal a retenu que cette interprétation n'était pas applicable au TBI Ukraine-USA. D'après le Tribunal, le texte du TBI montre bien que les Etats-Unis et l'Ukraine sont

convenus d'un standard minimum qui constituerait le seuil – et non le plafond – du TJE. Ainsi, les investissements protégés par le TBI devraient toujours recevoir le niveau de protection que propose le droit coutumier international. Cependant, ce niveau de protection pourrait être plus élevé si le standard TJE prévoit d'avantages de droit pour l'investisseur. Finalement, le Tribunal a reconnu que les actions et omissions d'un Etat-hôte pourraient être qualifiées d'injuste et d'inéquitable, même si ces actes n'atteignent pas l'inacceptable, la négligence volontaire d'un devoir, l'insuffisance flagrante des actions de l'Etat, voire même la mauvaise foi subjective. (§§ 252-254)

Le Tribunal s'est par la suite dirigée vers l'analyse de la signification précise de la disposition au regard du TJE dans le TBI (Article II.3). Une demande quant à la signification ordinaire de l'expression « traitement juste et équitable » n'éclaire pas la signification du concept. Etant donné que le TJE est un terme de l'art, tout effort quant au déchiffrement de la signification ordinaire des mots ne conduit uniquement qu'à analyser des termes vagues. (§258)

Une lecture littérale de l'Article II.3 du TBI était beaucoup plus utile. Au regard des mots employés, l'Ukraine a endossé une obligation positive et négative : la positive permettait d'accorder le TJE aux investissements étrangers protégés, et la négative concernait l'abstention de mesures discriminatoires et arbitraires pouvant affecter ses investissements. Bien que toute mesure discriminatoire et arbitraire, par définition, ne puisse être juste et équitable, le contraire n'est pas vrai. L'action ou l'inaction d'un Etat peut être considérée comme juste et équitable sans être forcément discriminatoire ou arbitraire. De plus, le Tribunal a expliqué qu'une violation du TJE existe si seulement il est établi qu'une mesure ait été discriminatoire ou arbitraire. (§§ 259-260)

Le Tribunal a par la suite précisé la signification de l'Article II.3 dans le cadre du TBI. Dans le Préambule du TBI, les parties contractantes ont établi que « le traitement juste et équitable de l'investissement est voulu afin de maintenir un cadre stable pour l'investissement ». Pour le Tribunal, le standard TJE est étroitement lié à la notion d'attentes légitimes. Les actions ou omissions d'un état-hôte sont contraires au standard TJE si ces dernières contrarient les attentes raisonnables et légitimes sur lesquelles l'investisseur se repose lorsqu'il investit. (§264)

Enfin, le Tribunal a considéré l'objet et la finalité du TBI. Selon lui, l'objet et la finalité du TBI étaient de stimuler les investissements étrangers et les flux de capitaux qui s'en suivent. (§272) Cependant, pour le Tribunal, cette finalité n'était pas abstraite, mais plutôt insérée dans un contexte plus large : le développement économique des deux pays signataires. Le développement économique est un objectif qui doit bénéficier à tous, d'abord les citoyens nationaux ainsi que les sociétés nationales, et ensuite les investisseurs étrangers. Ainsi, pour le Tribunal, l'objet et la finalité du TBI n'était pas de protéger les investissements étrangers *per se*, mais de promouvoir le développement de l'économie du pays, qui requiert de sa part que le traitement préférentiel des étrangers soit équilibré face au droit légitime d'un état hôte d'utiliser sa législation afin d'adopter des mesures de protection, qui en vertu de sa souveraineté, sont perçues comme protégeant ses intérêts publics. (§273)

En résumé, le Tribunal définit le TJE comme un traité standard autonome. Une violation du TJE requiert que les actes ou omissions d'un état violent un certain seuil de propriété. Un tel seuil doit être défini par tout tribunal sur la base d'un TBI applicable, et l'analyse d'une violation alléguée devrait prendre en considération si l'Etat a manqué d'offrir un cadre juridique prévisible et stable ; si le procès équitable a été refusé à l'investisseur ; si il y a eu des menaces, coercitions, abus de pouvoirs et autres mauvaises fois ; si les actions de l'état peuvent être considérées comme étant arbitraires ou discriminatoires, entre autres. Néanmoins, un tribunal doit considérer également d'autres facteurs compensateurs, telle qu'une mesure de souveraineté de l'état afin d'adopter des mesures protégeant ses intérêts publics, ainsi que la conduite de l'investisseur dans l'état-hôte.

g. Discrimination (§261)

Le Tribunal a retenu que pour établir une discrimination, l'affaire doit être traitée différemment des autres cas sans justification. (§261)

h. Arbitraire (§ 262-263)

Le Tribunal a observé que l'arbitraire a été décrit comme « fondé sur le préjudice ou la préférence plutôt que sur une raison ou un fait » ; « contrairement à la loi parce que... [elle] choque, ou du moins surprend un sentiment de propriété juridique » ; « un non respect volontaire du procès équitable, un acte qui choque, ou du moins surprend un sentiment de propriété juridique » ; ou bien une conduite qui « viole manifestement les conditions de consistance, transparence, d'impartialité et de non discrimination ». Professeur Schreuer a également défini (et le Tribunal dans *EDF vs. Roumanie* a accepté cette définition) comme étant « arbitraire » :

- a. une mesure qui cause un dommage à l'investisseur sans que celle-ci ne poursuive aucune finalité légitime apparente ;
- b. une mesure basée sur aucun standard juridique mais sur la discrétion, le préjudice ou la préférence personnelle ;
- c. une mesure prise pour des raisons qui sont différentes de celles qui sont mises en avant par la décision ;
- d. une mesure prise sans aucune considération du procès équitable et de la procédure propre à suivre. » (§262)

Finalement, le Tribunal a expliqué que l'arbitraire, par essence, est lorsque le préjudice, la préférence ou le parti pris se substituent à la règle de droit. (§263)

i. Attentes légitimes (§ 266-268)

Le Tribunal a successivement considéré les origines historiques de l'industrie de la radio en Ukraine et a analysé le moment où M. Lemire a fait son investissement. Le Tribunal a conclu que d'un point de vue général, le demandeur pouvait prétendre à un système régulateur constant, transparent, juste, raisonnable quant à l'attribution par l'industrie, et exécuté sans aucune décision arbitraire ou discriminatoire. Même si l'Ukraine et les

Etats-Unis ont réservé leur droit de faire ou de maintenir des exceptions limitant le traitement national dans le secteur de la radio, M. Lemire était dans tous les cas en droit d'attendre, qu'une fois qu'il avait reçu l'autorisation administrative nécessaire qui lui permettrait d'investir dans le secteur de la radio ukrainienne, une lutte à armes égales et que les décisions administratives ne soient pas inéquitables, injustes, arbitraires ou discriminatoires. (§§ 265-267)

Par ailleurs, le Tribunal a décidé que M. Lemire a indubitablement eu des attentes légitimes que Gala, qui au temps était l'unique station à Kiev, allait recevoir l'autorisation de s'étendre, parallèlement à la croissance de l'industrie privée de la radio en Ukraine. (§§ 266-268)

j. Poursuite des recours nationaux (§274-283)

Le défendeur a soutenu que le demandeur était exclu de poursuivre ses demandes en arbitrage international car celui-ci avait manqué d'épuiser les recours nationaux afin de s'attaquer à ces décisions. Le Tribunal a rejeté cette objection en ce que le TBI n'incluait pas de clause visant à requérir l'initiation ou l'épuisement des recours nationaux avant de commencer un arbitrage investissement. Le Tribunal a distingué cette affaire des faits qui posaient problème dans *Generation Ukraine vs. Ukraine* – sur laquelle le défendeur se reposait. Le Tribunal a expliqué que le texte proposé par *Generation Ukraine* était basé sur le caractère raisonnable. On demande seulement à un demandeur de fournir un effort raisonnable afin d'obtenir la remise en cause d'une mauvaise décision. Le Tribunal a retenu que dans les circonstances précises du cas en l'espèce, il n'aurait pas été raisonnable d'exiger du demandeur de débattre devant les juridictions ukrainiennes les décisions judiciaires quant sur les fréquences radios.

k. Analyse des demandes pour violation du traitement juste et équitable, TJE (§287-421)

Le Tribunal a expliqué que ses pouvoirs étaient limités au fait de juger si le défendeur avait agi de façon à nuire au demandeur et s'il avait violé le standard TJE consacré dans le TBI. Dans l'exercice d'un tel pouvoir, le Tribunal a analysé le cadre juridique général dans lequel la conduite spécifique a eu lieu. (§315)

Le Tribunal a retenu que les procédures administratives quant à l'attribution des licences présentaient divers défauts : les votes des membres du conseil national n'étaient pas publics, leurs décisions n'étaient pas motivées et il n'y avait aucun critère clair quant au mode d'évaluation des offres. Ces défauts ont compromis la possibilité d'un examen public et d'une révision judiciaire, et ont compromis la transparence du procès, et facilité la prise de décision arbitraire. Alors qu'aucun de ces critères n'a pu stigmatiser à lui-seul le processus complet des offres comme étant arbitraire, il y avait un risque que ces défauts aient pu se renforcer mutuellement. (§316)

Au niveau global, le Tribunal a noté qu'en 6 ans, Gala a présenté plus de 200 candidatures pour tout type de fréquences et qu'elle n'a été capable d'en obtenir qu'une

seule. Bien que les statistiques ne fournissent pas une preuve concluante que le défendeur, en attribuant les licences de radio, a violé le TJE, en addition avec d'autres facteurs – telle que la performance des concurrents de Gala et les défauts quant au processus d'élection – ont montré qu'au moins certaines décisions du conseil national lors de l'attribution des fréquences ont été arbitraires et/ou discriminatoires. (§420)

Le Tribunal a analysé en détails cinq offres de fréquences radios et la pratique administrative qui permettait leurs attributions entre 1999 et 2000 (période pendant laquelle le conseil national n'a pas été opérationnel) afin de déterminer si le défendeur avait ou non violé le standard TJE. Le Tribunal en a conclu que sur trois offres, le défendeur avait violé le TJE. Dans le premier cas, le président de l'Ukraine a interféré en faveur de deux concurrents, empêchant le conseil national de prendre une décision impartiale en violation du test de l'« arbitraire » précisée dans *Saluka vs. Czech Republic*. (§356) Pour une autre offre, le conseil a refusé la candidature de Gala juste dans le but d'attribuer par la suite la fréquence à une autre station vraisemblablement détenue par des personnes qui ont des relations dans le monde politique. (§§368-369) Dans le troisième cas, les conditions d'offres ont été ouvertement ignorées et la licence a été attribuée à un des concurrents de Gala, qui n'avait pas rempli les critères requis. Bien que toute loi nationale ne conduit pas nécessairement à une mesure discriminatoire ou arbitraire selon le droit international ni à une violation du standard TJE, selon le point de vue du Tribunal, une indifférence ouverte des règles applicables aux offres, qui dénature la compétition à armes égales, est en une au contraire. (§385) Enfin, le Tribunal a estimé que la procédure d'attributions des licences pendant le Conseil 1999-2000 entre deux gouvernements a également violé le TBI en facilitant le secret des attributions de licences, sans aucune transparence ni de possibilités de révision judiciaire, et avec une indifférence totale du procès judiciaire. (§418)

l. Préjudices Moraux en Arbitrage Investissements (§§449-453, 475-479, 486)

Le Tribunal a expliqué que dans les principaux systèmes juridiques, les dommages réparables incluaient non seulement les *damnum emergens* que les *lucrum cessans*, mais aussi le préjudice moral. Le Tribunal a partagé les conclusions de la sentence *Desert Line Projects vs. Yemen* qui retenait que : « même si les traités d'investissements visaient tout d'abord à protéger le droit de propriété et les valeurs économiques, ils n'excluent pas, comme tel, qu'une partie puisse, dans des circonstances exceptionnelles, demander la réparation du préjudice moral. » Nonobstant, le Tribunal a remarqué que les circonstances de *Desert Line* étaient exceptionnelles étant donné le fait que le demandeur en l'espèce avait subi des contraintes physiques. Inversement, dans le cas ici présent, le demandeur n'avait pas allégué de contraintes physiques. La question de savoir si les faits dans ce cas constituaient des « circonstances exceptionnelles » qui permettrait la réparation du préjudice moral a été déférée à une phase ultérieure dans la procédure. (§486)

m. La « clause parapluie » (§498)

Le Tribunal s’aligne avec la position du demandeur quant au fait d’affirmer que la clause parapluie porte l’Accord dans le cadre du TBI, donc toute violation contractuelle deviendrait *ipso iure* une violation du traité. Cependant, cela n’a aucun effet sur la signification ou la portée de l’Accord. Par conséquent, puisque le Tribunal est arrivé à la conclusion que le défendeur a violé l’Accord, cela revient à dire que le défendeur n’a pas pu violer le TBI sur la base de la clause parapluie. (§498)

n. Conditions à réaliser (§§ 505-506, 510-511)

Le demandeur a également soutenu que 50% des conditions musicales ukrainiennes qui sont imposées par la loi ukrainienne ont violé le TBI, ce qui ne permet pas à l’état-hôte d’imposer des conditions à réaliser. Le Tribunal a rejeté la position du demandeur soutenant qu’en tant qu’état souverain, l’Ukraine disposait d’un droit inhérent de réguler ses affaires et d’adopter des lois dans le but de protéger le bien commun de son peuple. Ce droit inclut les adoptions de règles visant à définir la politique culturelle appartenant à un état. La promotion de la musique nationale pourrait parfaitement refléter la politique d’un état quant au fait de préserver et de renforcer l’héritage culturel et l’identité nationale. Etant donné que les autres pays protègent également la culture nationale en imposant des conditions minimum d’émission, et en considérant que la règle des 50% de la musique ukrainienne est appliquée pour tous les présentateurs, le Tribunal a estimé que la mesure serait compatible avec le standard TJE. (§§505-506) De la même façon, le Tribunal n’a pas établi de violation quant à l’interdiction d’imposer des conditions à réaliser. D’après le Tribunal, le but de cette obligation est relié au commerce : afin d’interdire aux Etats d’imposer des conditions locales comme protection des industries locales contre les importations en concurrence. Inversement, la règle des 50% de musiques ukrainiennes avait pour but de protéger la culture locale, et ainsi, n’a pas violé le contenu de l’article II.6 du TBI qui interdit « les conditions à réaliser ... qui spécifient que les biens ou services doivent être effectués au niveau local ». (§§ 510-511)

3. Décision

Le Tribunal a rejeté les objections du défendeur quant à la compétence du centre et à la compétence du Tribunal et a retenu que le défendeur n’avait pas violé les obligations fixées dans l’Accord. Cependant, le Tribunal a retenu que le défendeur a violé le standard TJE dans le TBI. Toutes les autres demandes ont été rejetées. (§513)

Les questions relatives à la réparation appropriée de la violation, incluant les questions de *quantum*, ont été reportées à une phase ultérieure dans la procédure pour laquelle le Tribunal retient sa compétence. (§514)