

PARIS BABY ARBITRATION BIBERON

Monthly Arbitration Newsletter
in French and English
APRIL & MAY 2020, N°35

Chronique mensuelle de l'arbitrage
en français et anglais
AVRIL & MAI 2020, N°35



French and foreign
courts decisions

Arbitral
awards

Interview with Alexander
Leventhal

Décisions des cours
françaises et
étrangères

Sentences
arbitrales

Interview d'Alexander Leventhal



PARIS BABY ARBITRATION TEAM

L'ÉQUIPE DE PARIS BABY ARBITRATION

Ekaterina Grivnova, Virginie Brizon, Alice Clavière-Schiele, Aïda Amor, Jérémy Dubarry

EDITORIAL TEAM

L'ÉQUIPE RÉDACTIONNELLE



ALICE CLAVIERE-SCHIELE

Chief Editor

Rédactrice en chef



ELLIOT BRAMHAM

Editor

Rédacteur

CONTRIBUTORS

CONTRIBUTEURS



ELLIOT BRAMHAM



JOFFREY CHIGNARD



ALICE CLAVIERE-SCHIELE



CORNELIU DONI



FLORENCE ECOCHARD



YASSINE EL WARDI

ENGLISH

FRANÇAIS



ANASTASIA MEDVEDSKAYA



PERI MIKAYELYAN



RUDY TCHIKAYA



MOHAMED ZAIN

PARISBABYARBITRATION

babyarbitration.com

INDEX

TABLE DES MATIERES

FOREWORD.....	3	AVANT-PROPOS.....	3
FRENCH COURTS	4	COURS FRANÇAISES.....	4
FRENCH COUR DE CASSATION.....	4	COUR DE CASSATION.....	4
Cour de cassation, 1st Civil Chambre, 13 May 2020, <i>Kimmolux v. Boulangerie S.</i> , no. 18-25966 ...	4	Cour de cassation, 1 ^{ère} Chambre civile, 13 mai 2020, <i>Kimmolux c. Boulangerie S.</i> , no. 18-25966....	4
COURTS OF APPEAL	4	COURS D'APPEL.....	4
Lyon Court of Appeal, 14 May 2020, <i>Mr. EB v. Mr. AD, Mrs. HC and Mrs. GD</i> , no. 17/06968..	4	Cour d'appel de Lyon, 14 mai 2020, <i>M. EB c. M. AD, Mme HC et Mme GD</i> , no. 17/06968	4
FOREIGN COURTS.....	6	COURS ÉTRANGÈRES	6
England and Wales High Court (Queen's Bench Division), 9 April 2020, <i>University College London Hospitals NHS Foundation Trust v. MB</i> , [2020] EWHC 882 (QB).....	6	Haute Cour de justice d'Angleterre et du Pays de Galles (Queen's Bench Division), 9 avril 2020, <i>University College London Hospitals NHS Foundation Trust c. MB</i> , [2020] EWHC, 882 (QB)	6
England and Wales Court of Appeal, 29 April 2020, <i>Enka Insaat Ve Sanayi AS v. OOO Insurance Company Chubb and Ors</i> , [2020] EWCA Civ 574	11	Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles, 29 avril 2020, <i>Enka Insaat Ve Sanayi AS c. OOO Insurance Company Chubb and Ors</i> [2020] EWCA Civ 574.....	11
INTERNATIONAL AWARDS.....	14	SENTENCES INTERNATIONALES.....	14
ICSID, <i>Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile</i> , ICSID Case No. ARB/98/2, 8 January 2020, Decision on annulment.....	14	CIRDI, <i>Victor Pey Casado and President Allende Foundation c. République du Chili</i> , Affaire CIRDI No. ARB/98/2, 8 janvier 2020, Décision sur l'annulation	14
ICSID, <i>Thomas Gosling and others v. Republic of Mauritius</i> , ICSID Case No. ARB/16/32, 18 February 2020, Award.....	18	CIRDI, <i>Thomas Gosling et autres c. République de Maurice</i> , Affaire CIRDI No. ARB/16/32, 18 février 2020, Sentence.....	18
ICSID, <i>Lidercón, S.L. v. Republic of Peru</i> , ICSID Case No. ARB/17/9, 6 March 2020, Award ..	23	CIRDI, <i>Lidercón, S.L. c. République du Pérou</i> , Affaire CIRDI No. ARB/17/9, 6 mars 2020, Sentence.....	23
ICSID, <i>Itisaluna Iraq LLC and others v. Republic of Iraq</i> , ICSID Case no. ARB/17/10, 3 April 2020, Award	26	CIRDI, <i>Itisaluna Iraq LLC et autres c. République d'Iraq</i> , Affaire CIRDI no. ARB/17/10, 3 avril 2020, Sentence.....	26
ICSID, <i>Lotus Holding Anonim Şirketi v. Republic of Turkmenistan</i> , ICSID Case No. ARB/17/30, 6 April 2020, Award	31	CIRDI, <i>Lotus Holding Anonim Şirketi c. La République du Turkménistan</i> , Affaire CIRDI No. ARB/17/30, 6 avril 2020, Sentence	31

ICSID, *TECO Guatemala Holdings, LLC v. Republic of Guatemala*, ICSID Case No. ARB/10/23, 13 May 2020, Award..... 38

CIRDI, *TECO Guatemala Holdings, LLC c. République du Guatemala*, Affaire CIRDI no. ARB/10/23, 13 mai 2020, Sentence 38

NEWS.....40

5 May 2020 – European Union Member States sign an agreement to terminate the intra-EU bilateral investment treaties..... 40

19 May 2020 – The LCIA publishes its Annual Casework Report for 2019..... 41

ACTUALITES.....40

5 mai 2020 – Les États membres de l'Union européenne signent un accord pour mettre fin aux accords bilatéraux d'investissement intracommunautaires 40

19 mai 2020 – La LCIA publie son rapport annuel pour 2019 41

INTERVIEW WITH AN ARBITRATION PRACTITIONER.....43

ENTRETIEN AVEC UN PROFESSIONNEL EN ARBITRAGE.....43

FOREWORD

AVANT-PROPOS

Recently we witnessed huge movement against discrimination in the legal field. Whilst still present, discrimination is not only about origin or gender, but it is also about age.

Paris Baby Arbitration, an association of students and young professionals, has set itself the goal of presenting to the arbitration world its youngest members.

We are Baby Arbitration because we promote the contribution of the youngest.

We are also Baby Arbitration because we are trying to create a safe environment for the youngest. “Baby” is a sign of sense of humour and an open mind needed to reach our goal.

And last but not least, we are also Baby Arbitration because one’s name, one’s age one’s position shall not prejudge the quality of one’s work.

As a part of our engagement, we are honoured to present to your attention Biberon, a monthly arbitration newsletter in French and English, prepared by volunteer students and young professionals. You can find all the previously published editions of Biberon and subscribe to receive a new issue each month on our website: babyarbitration.com.

We also kindly invite you to follow our pages on [LinkedIn](#) and [Facebook](#) as well as to become a member of our Facebook [group](#).

Have a good reading!

Récemment nous avons assisté à un mouvement considérable contre la discrimination dans la profession juridique. Bien que toujours présente, la discrimination ne concerne pas seulement l’origine ou le sexe, mais aussi l’âge.

Paris Baby Arbitration, association d’étudiants et de jeunes professionnels, se fixe comme objectif de présenter au monde de l’arbitrage ses plus jeunes membres.

Nous sommes Baby Arbitration parce que nous favorisons la contribution des plus jeunes.

Nous sommes également Baby arbitration parce que nous essayons de créer un environnement favorable aux plus jeunes. Baby est un filtre d’humour et d’ouverture d’esprit dont nous avons besoin pour atteindre notre objectif.

Et finalement, nous sommes également Baby arbitration parce que votre nom, votre âge et votre position ne doivent pas préjuger la qualité de votre travail.

Dans le cadre de notre engagement, nous sommes ravis de vous présenter Biberon, la revue d’arbitrage mensuelle en français et en anglais, préparée par des étudiants et des jeunes professionnels bénévoles. Vous pouvez trouver tous les Biberon publiés précédemment et vous y abonner sur notre site: babyarbitration.com. Nous vous invitons également à suivre nos pages [LinkedIn](#) et [Facebook](#) et à devenir membre de notre [groupe](#) Facebook. Bonne lecture !

FRENCH COURTS

COURS FRANÇAISES

FRENCH COUR DE CASSATION

COUR DE CASSATION

Cour de cassation, 1st Civil Chambre, 13 May 2020, *Kimmolux v. Boulangerie S.*, no. 18-25966

Contributed by Alice Claviere-Schiele

The Cour de cassation emphasizes that the exception based on the existence of an arbitration clause is governed by the provisions governing procedural exceptions, in particular the provisions governing the exception of lack of jurisdiction.

Thus the Colmar Court of Appeal, which held that the existence of an arbitration clause was a ground for dismissal, that the State courts could not decline jurisdiction in favour of an arbitral tribunal and that the argument did not have to be raised *in limine litis*, breached Article 74 of the Code of Civil Procedure.

Cour de cassation, 1^{ère} Chambre civile, 13 mai 2020, *Kimmolux c. Boulangerie S.*, no. 18-25966

Contribution de Alice Claviere-Schiele

La Cour de cassation rappelle que l'exception tirée de l'existence d'une clause compromissoire est régie par les dispositions qui gouvernent les exceptions de procédure, notamment par les dispositions relatives à l'exception d'incompétence.

Ainsi la cour d'appel de Colmar qui a retenu que l'existence d'une clause compromissoire constituait une fin de non-recevoir, que les juridictions étatiques ne pouvaient se déclarer incompétente au profit d'une juridiction arbitrale et que l'exception n'avait pas à être soulevée *in limine litis*, a violé l'article 74 du code de procédure civile.

COURTS OF APPEAL

COURS D'APPEL

Lyon Court of Appeal, 14 May 2020, *Mr. EB v. Mr. AD, Mrs. HC and Mrs. GD*, no. 17/06968

Contributed by Alice Claviere-Schiele

Mr. AD, Ms. HC and Ms. GD (together the "Respondents") entered into two contracts on 30 March 2015 to transfer to Mr. EB the shares they held in the capital of Myg. A memorandum of understanding, signed on 30 March 2015 by the parties, provided for the transfer of the shares and included an arbitration clause. An agreement, signed on the same day, provided for the terms and

Cour d'appel de Lyon, 14 mai 2020, *M. EB c. M. AD, Mme HC et Mme GD*, no. 17/06968

Contribution de Alice Claviere-Schiele

Par actes du 30 mars 2015, M. AD, Mme HC et Mme GD (ensemble les « Défendeurs ») ont cédé à M. EB l'intégralité des parts sociales qu'ils détenaient au capital de la société Myg. Un protocole d'accord, signé le 30 mars 2015 par les parties prévoyait la cession des parts et comportait une clause compromissoire. Un acte de cession signé le même jour prévoyait les modalités de la cession mais ne comportait ni clause

conditions of the transfer. It did not contain an arbitration clause or a reference to the arbitration clause contained in the memorandum of understanding. Since Mr. EB did not comply with the terms of payment set out in the agreement, the Respondents brought a claim for payment before the Commercial Court of Lyon. In a judgment dated 2017, the Court held its jurisdiction to hear the dispute and sentenced Mr. EB; the latter appealed the judgment.

The Court of Appeal stated that although the agreement does not include an arbitration clause or a reference to the clause contained in the memorandum of understanding, the memorandum of understanding refers to the agreement. Moreover, the parties were aware of this clause and accepted it by signing the memorandum. Thus, the agreement follows the memorandum and the arbitration clause applies to both contracts, which constitute a single transaction.

The court concluded that the State Courts have no jurisdiction and referred the parties to an arbitral tribunal, in accordance with Article 81 of the Code of Civil Procedure.

compromissaire ni référence à celle contenue dans le protocole d'accord. M. EB n'ayant pas respecté les modalités de paiement prévues par l'acte de cession, les Défendeurs ont saisi le tribunal de commerce de Lyon d'une demande en paiement. Par un jugement de 2017, le tribunal s'est déclaré compétent pour connaître du litige et a condamné M. EB ; ce dernier a fait appel du jugement.

La cour d'appel retient que si l'acte de cession ne comporte ni clause compromissoire ni référence à celle contenue dans le protocole d'accord, le protocole d'accord fait quant à lui référence à l'acte de cession. De plus, les parties ont eu connaissance de cette clause et l'ont acceptée en signant le protocole d'accord. Ainsi, l'acte de cession « *n'est que la suite* » du protocole d'accord et la clause compromissoire « *s'applique (...) à l'ensemble des deux contrats constituant une opération unique* ».

La cour conclue que les juridictions étatiques ne sont pas compétentes et renvoie les parties à mieux se pouvoir, conformément à l'article 81 du code de procédure civile.

FOREIGN COURTS

COURS ÉTRANGÈRES

England and Wales High Court (Queen's Bench Division), 9 April 2020, *University College London Hospitals NHS Foundation Trust v. MB*, [2020] EWHC 882 (QB)

Contributed by Mohamed Zain

On 18 February 2019, a patient, (hereinafter “MB” and/or the “Defendant”), was first admitted to, a London based hospital, the National Hospital for Neurology and Neurosurgery fully operated by, Claimant, the NHS Foundation Trust.

At the Hospital, MB used to receive care and treatment for her complex mental health conditions for more than a year. Since the outbreak of COVID-19 Pandemic, there has been an increasing need for beds to treat the critically affected patients. Additionally, according to governmental guidance dated 19 March 2020, all patients that qualify for medical discharge shall be safely discharged to their homes or any other medical arrangement.

On 19 March 2020, MB showed co-operation with the new bed management regulations and accepted the transfer to the neuropsychiatric ward at the Hospital. Following the signing of a “Tenancy Agreement” between the Hospital and Camden on 11 March 2020, the Hospital delivered a written discharge notice to MB informing her that she will be discharged to her new flat on 23 March 2020 while receiving 24/7 care package for a month through Camden London

Haute Cour de justice d'Angleterre et du Pays de Galles (Queen's Bench Division), 9 avril 2020, *University College London Hospitals NHS Foundation Trust c. MB*, [2020] EWHC, 882 (QB)

Contribution de Mohamed Zain

Traduction d'Elliot Bramham

Le 18 février 2019, un patient (ci-après « MB » et/ou le « Défendeur », a été admis pour la première fois dans un hôpital londonien, le National Hospital for Neurology and Neurosurgery, entièrement géré par le demandeur, le NHS Foundation Trust.

À l'hôpital, MB a reçu pendant plus d'un an des soins et des traitements pour ses problèmes complexes de santé mentale. Depuis l'apparition de la pandémie de COVID-19, le besoin de lits pour traiter les patients gravement atteints s'est accru. De plus, selon les directives gouvernementales du 19 mars 2020, tous les patients qui remplissent les conditions requises pour une sortie médicale doivent être renvoyés en toute sécurité à leur domicile ou à tout autre établissement médical.

Le 19 mars 2020, MB a fait preuve de coopération avec les nouvelles règles de restriction des lits et a accepté le transfert au service neuropsychiatrique de l'hôpital. Suite à la signature d'un « contrat de location » entre l'hôpital et Camden, le 11 mars 2020, l'hôpital a remis à MB un avis de sortie écrit l'informant qu'elle sera renvoyée dans son nouvel appartement le 23 mars 2020 et recevra un ensemble de soins 24 heures sur 24

Borough Council and UCLH, later modified to three months subject to review.

MB rejected to cooperate with the Hospital, Camden and UCLH which were responsible for preparing and installing all necessary equipment in MB's flat to ensure better accommodation of her disabilities. On 23 March 2020, the Hospital issued a letter terminating MB's stay at the hospital, but again was rejected.

The discharge decision, which was rejected by MB who requested a 24/7 care package for a year at least, was justified by the urgent need for beds for other patients affected amid the current COVID-19 pandemic and the fear that MB has a high likelihood of infection by COVID-19 at the Hospital.

NHS Foundation Trust brought a claim before the Court of Appeal, on 2 April 2020, demanding the discharge of Defendant from its bedroom. Defendant argued that the discharge decision constitutes extreme distress amounting to "Inhuman and degrading treatment" according to Articles "3 & 8" of the ECHR and discrimination on Defendant's disability in violation of Article "14" of the ECHR and s. 29 of the 2010 Act. Furthermore, Defendant submitted that Claimant failed to perform its duty to make reasonable adjustments.

Dr. Gerry Christofi, a consultant neurologist at the Hospital, mentioned in a witness statement presented to the Court that Claimant exerted all efforts in delivering sufficient care packages to accommodate Defendant disabilities, however Defendant and her sister (JU) showed continuous aggressive behavior towards staff members, deliberate non-cooperation with the Hospital in addition to accusing staff

et 7 jours sur 7 pendant un mois, par l'intermédiaire du Camden London Borough Council et de l'UCLH. Un service modifié ultérieurement à trois mois sous réserve de révision.

MB a refusé de coopérer avec l'hôpital, Camden et UCLH, qui étaient chargés de préparer et d'installer tous les équipements nécessaires dans l'appartement de MB afin d'assurer une meilleure prise en charge de ses incapacités. Le 23 mars 2020, l'Hôpital a publié une lettre mettant fin au séjour de MB à l'hôpital, mais elle fut à nouveau rejetée.

La décision de sortie rejetée par MB qui avait demandé un ensemble de soins 24 heures sur 24 et 7 jours sur 7 pendant au moins un an, était justifiée par le besoin urgent de lits pour d'autres patients touchés par la pandémie actuelle de COVID-19 et la crainte que MB ait une forte probabilité d'être infectée par le COVID-19 en demeurant à l'hôpital.

Le 2 avril 2020, le NHS Foundation Trust a introduit une requête devant la Cour d'appel, demandant la libération de la défenderesse de sa chambre. La défenderesse a fait valoir que la décision de décharge constitue une détresse extrême équivalant à un « traitement inhumain et dégradant » selon les articles « 3 & 8 » de la CEDH et une discrimination fondée sur le handicap de la défenderesse en violation de l'article « 14 » de la CEDH et de l'article 29 de la loi de 2010. En outre, la défenderesse a fait valoir que le demandeur a manqué à son devoir de procéder à des ajustements raisonnables.

Le Dr Gerry Christofi, neurologue consultant à l'hôpital, a mentionné dans une déclaration de témoin présentée à la Cour que le demandeur avait fait tous

members with groundless claims of harassing and bullying her. On a separate note, Dr. Christofi stated that although the care package was sufficient, Defendant fears were reasonable if the care package by Camden was not duly addressed bearing in mind that the Hospital has no control on the care and treatment service provided by Camden.

On 3 April 2020, Claimant applied for an interim injunction to be issued by the Court in link with the discharge claim, reference is made to the Decisions of the Court of Appeal in *Manchester Corporation v Connolly* [1970] Ch 420 and the Supreme Court in *Secretary of State for the Environment, Food and Rural Affairs v Meier* [2009] UKSC 11, [2009] 1 WLR 2780.

Defendant requested the Court not to grant Interim relief to Claimant unless having an independent medical evidence other than the only provided by the Hospital.

The Court rejects Defendant's request based on the following:

- 1) Claimant's decision not to provide in-patient medical care to Defendant is based on clinical grounds, then requesting expert evidence pursuant to public law is inadmissible as part of judicial review;
- 2) even to addressed otherwise by other clinicians, Claimant is under no obligation to provide care and treatment against its judgment of Defendant's health case, Reference to *Re J (Wardship: A Minor)* [1991] Fam 33;

les efforts possibles pour fournir des soins suffisants afin de s'adapter aux handicaps de la défenderesse, cependant la défenderesse et sa sœur (JU) ont fait preuve d'un comportement agressif continu envers les membres du personnel, d'une non-coopération délibérée avec l'hôpital en plus d'accuser les membres du personnel avec des allégations non fondées, de les harceler et de les intimider. Dans une note séparée, le Dr Christofi a déclaré que, malgré l'insuffisance de l'ensemble des soins, les craintes de la défenderesse auraient été raisonnables si l'ensemble des soins fournis par Camden n'était pas dûment pris en compte, compte tenu du fait que l'hôpital n'a aucun contrôle sur les soins et les traitements fournis par Camden.

Le 3 avril 2020, le demandeur a demandé une injonction provisoire à la Cour en rapport avec la demande de décharge, une référence aux décisions de la Cour d'appel dans l'affaire *Manchester Corporation contre Connolly* [1970] Ch 420 et de la Cour suprême dans l'affaire *Secretary of State for the Environment, Food and Rural Affairs contre Meier* [2009] UKSC 11, [2009] 1 WLR 2780.

Le défendeur a demandé à la Cour de ne pas accorder de mesures provisoires au demandeur à moins de disposer d'une preuve médicale indépendante autre que la seule fournie par l'hôpital.

La Cour rejette la demande de la défenderesse sur la base des éléments suivants :

- 1) la décision du demandeur de ne pas fournir de soins médicaux à la défenderesse est fondée sur des raisons cliniques, donc la demande de preuve d'expert en vertu du droit public est

- 3) the tight timeframe due to the emergency of COVID-19 results in the unreasonableness to await the evidence, providing current case requires that, by an independent expert.

Furthermore, the court points out that Defendant's concerns are addressed by Camden and any allegations of suicide or self-harm committed by Defendant, in case of unsatisfactory discharge, are groundless and at low risk thanks to the 24/7 care. Nonetheless, Defendant could seek judicial review if such decision violates a public law obligation. Yet, the insistence by Defendant on the identity of a specific therapist is only subject to the discretion of Camden. Furthermore, the Court rejects the concern by Defendant that Camden should have provided a list of persons to whom her flat keys was to be handed over.

Moreover, the Court replies to the defenses raised earlier by Defendant as below:

- 1) the alleged irrationality of Claimant's decision in ceasing to provide in-patient care to Defendant is groundless;
- 2) obligatory discharge of Defendant does not fit the notion of "Inhuman and degrading treatment" pursuant to Article (3) of the ECHR;
- 3) Defendant cannot insist on conditions, if addressed, other patients may suffer. The needs of Defendant are not the only ones relevant in law;
- 4) the patient care is a scarce source and Claimant is entitled to decide between two patients, if the circumstances require that, in link with the

inadmissible dans le cadre d'un contrôle judiciaire ;

- 2) même si d'autres cliniciens en décident autrement, le demandeur n'est pas tenu de fournir des soins et des traitements contre son jugement sur l'état de santé de la défenderesse. En accord avec *Re J (Wardship : A Minor)* [1991] Fam 33 ;
- 3) le délai serré dû à l'urgence du COVID-19 fait qu'il n'est pas raisonnable d'attendre les preuves, si dans le cas actuel celles-ci sont nécessaire, par un expert indépendant.

En outre, le tribunal souligne que les préoccupations de la défenderesse sont prises en compte par Camden et que toute allégation de suicide ou d'automutilation commise par la défenderesse, en cas de décharge insatisfaisante, est sans fondement et à faible risque grâce aux soins prodigués 24 heures sur 24, 7 jours sur 7. Cependant, l'insistance de la défenderesse sur l'identité d'un thérapeute spécifique est uniquement soumise à la discrétion de Camden. En outre, la Cour rejette la préoccupation de la défenderesse selon laquelle Camden aurait dû fournir une liste des personnes à qui ses clés d'appartement devaient être remises.

En outre, la Cour répond aux moyens de défense soulevés précédemment par la défenderesse comme suit :

- 1) la prétendue irrationalité de la décision du demandeur de cesser de fournir des soins hospitaliers au défendeur est sans fondement ;

provision of medical care, reference to R v North West Lancashire Health Authority ex p. A [2000] 1 WLR 977, at 996;

- 5) Claimant is not in a situation comparing between two patients but a withdrawal of a patient and an allocation of scarce sources to another;
- 6) the COVID-19 emergency makes the argument of discrimination based on disabilities fails, then no place to apply Article (14) of the ECHR;
- 7) Claiming discrimination, based on disabilities in violation of s. 29 of the 2010 Act, is irrelevant and the contrary is totally right as Dr. Christofi proofed that he and the clinic staff provided all in-patient care and treatment to Defendant.

In the light of balancing Claimant and Defendant considerations, the Court decides to grant interim relief to enforce MB's discharge from Claimant's bedroom to be scheduled 12 Noon, 10 April 2020 or any other date that Claimant may specify. In addition, the Court rejects Defendant's request to have allowance of 7 days as being contradicting with the emergency of COVID-19.

- 2) la décharge obligatoire de la défenderesse ne correspond pas à la notion de « traitement inhumain et dégradant » au sens de l'article 3 de la CEDH ;
- 3) la défenderesse ne peut pas insister sur les conditions dans lesquelles d'autres patients pourraient souffrir si elle était traitée. Les besoins du défendeur ne sont pas les seuls pertinents en droit ;
- 4) les soins aux patients sont rares et le demandeur est en droit de décider entre deux patients si les circonstances l'exigent dans le cadre de la fourniture de soins médicaux. Il est fait référence à R v North West Lancashire Health Authority ex p. A [2000] 1 WLR 977, page 996 ;
- 5) le demandeur ne se trouve pas dans une situation de comparaison entre deux patients, mais dans une situation de retrait d'un patient et d'attribution de ressources rares à un autre ;
- 6) l'urgence créée par le COVID-19 fait échouer l'argument de la discrimination fondée sur le handicap, il n'y a donc pas lieu d'appliquer l'article (14) de la CEDH ;
- 7) l'allégation de discrimination fondée sur le handicap en violation de l'article 29 de la loi de 2010 n'est pas pertinente et le contraire s'avère exact car le Dr Christofi a prouvé que le personnel de la clinique et lui ont fourni tous les soins et traitements hospitaliers au défendeur.

À la lumière de l'équilibre entre les considérations du demandeur et du défendeur, la Cour décide d'accorder des mesures provisoires pour faire en sorte que MB soit libérée de la chambre du demandeur à midi, le 10 avril 2020 ou à toute autre date que le demandeur pourra préciser. En outre, la Cour rejette la demande de la défenderesse de bénéficier d'un délai de 7 jours, car elle est en contradiction avec l'urgence de la COVID-19.

England and Wales Court of Appeal, 29 April 2020, *Enka Insaat Ve Sanayi AS v. OOO Insurance Company Chubb and Ors*, [2020] EWCA Civ 574

Contributed by Joffrey Chignard

In May 2011, Unipro, a Russian company, hired Energoproekt another Russian company as a general contractor for the construction of a coal-fired power plant in Russia. In a contract dated 27 June 2012, the latter hired Enka, a Turkish company, as a subcontractor for the installation of the boiler and auxiliary equipment in the power plant.

The dispute resolution clause in the subcontract provided that if negotiations between the parties failed, the dispute would be submitted to arbitration under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by three arbitrators sitting in London.

On 21 May 2014, Energoproekt assigned to Unipro all its rights and obligations under the subcontract with Enka. The assignment contract included the arbitration clause and confirmed that any dispute was to be resolved definitively and exclusively by

Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles, 29 avril 2020, *Enka Insaat Ve Sanayi AS c. OOO Insurance Company Chubb and Ors* [2020] EWCA Civ 574

Contribution de Joffrey Chignard

En mai 2011, Unipro, une société russe, engageait Energoproekt, une autre société russe, comme maître d'ouvrage pour la construction d'une centrale à charbon en Russie. Par contrat du 27 juin 2012, cette dernière engageait Enka, une société Turque, comme sous-traitant pour l'installation de la chaudière et d'équipement auxiliaires dans la centrale.

La clause de résolution des conflits du contrat de sous-traitance prévoyait qu'en cas d'échec des négociations entre les parties, le différend serait soumis à un arbitrage selon le Règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce International par trois arbitres siégeant à Londres.

Le 21 mai 2014, Energoproekt cédait à Unipro tous ses droits et obligations découlant du contrat de sous-traitance signé avec Enka. Le contrat de cession reprenait la clause d'arbitrage et confirmait que tout litige devait être résolu de manière définitive et

arbitration in accordance with the provisions of the subcontract.

On 1 February 2016, a fire broke out in the power plant. Unipro's insurer, Chubb Russia, paid US\$400 million to Unipro for damages caused by the fire.

On 25 May 2019, Chubb Russia, subrogated to Unipro's rights, filed a lawsuit in the Moscow Arbitrazh Court against Enka, which it considered responsible for the fire.

Enka then asked the English courts to issue an anti-suit injunction against Chubb Russia to compel it to pursue arbitration in London in accordance with the terms of the contract.

The anti-suit injunction was twice rejected by the High Court in October and December 2019. In a first judgment, the judges dismissed the claim on the basis of *forum non conveniens*, holding that the law applicable to the arbitration agreement was Russian law and that the issue should be settled before the Russian courts.

In the second judgment, the judges noted that the existence of Chubb Russia's establishment on the territory of the European Union prevented it from issuing an anti-suit injunction at the risk of being censured by the ECJ [ECJ, *Allianz SpA v West Tankers*, C-185/07, 10 February 2009].

In its decision of 29 April 2020, the Court of Appeal, in the pen of Lord Judge Poppewell, returned to the question of the law applicable to the arbitration agreement and recalled the fluctuating state of English law and the solution applied since 2013 with *Sulamerica Cia Nacional de Seguros SA v Enesa Engenharia SA*.

exclusive par voie arbitrage conformément aux dispositions du contrat de sous-traitance.

Le 1^{er} février 2016 se déclarait un incendie dans la centrale. Au titre de réparation des dommages causés par l'incendie, Chubb Russia, l'assureur d'Unipro, payait à ce dernier 400 millions de dollars américains.

Le 25 mai 2019, Chubb Russia subrogé dans les droits d'Unipro, introduisait une action devant la Moscow Arbitrazh Court contre Enka, qu'elle considérait responsable de l'incendie.

Enka demanda alors aux juridictions anglaises qu'une *anti-suit injunction* soit produite à l'encontre de Chubb Russia aux fins de l'obliger à poursuivre un arbitrage à Londres suivant les clauses du contrat.

L'*anti-suit injunction* fût par deux fois rejeté par la Haute Cour en octobre puis en décembre 2019. Dans un premier jugement, les juges rejetèrent la demande sur le fondement du *forum non conveniens* en considérant que la loi applicable à la convention d'arbitrage était la loi russe et que la question devait être réglée devant les juridictions russes.

Dans le second jugement, les juges relevèrent que l'existence d'établissement de Chubb Russia le territoire de l'Union européenne l'empêchait d'émettre une *anti-suit injunction* au risque d'être censuré par la CJUE [CJUE, *Allianz SpA v West Tankers*, C-185/07, 10 février 2009].

Dans sa décision du 29 avril 2020, la Cour d'appel, sous la plume du Juge Poppewell revient sur la question de la loi applicable à la convention d'arbitrage et rappelle l'état fluctuant du droit anglais et la solution

Popplewell J., considering that “the time has come to seek to impose some order and clarity on this area of the law”, proposes to deal with the question in two stages [89].

Thus, where there is an explicit choice of law applicable to the arbitration agreement, that law must be applied. Such a choice exists where the arbitration agreement explicitly mentions it or where it is apparent from the terms of the choice of law applicable to the main contract or from a combined reading of the main contract and the arbitration agreement [90].

In all other cases, Popplewell J. considers that the general rule should be that, as an implied choice, the law applicable to the arbitration agreement is the law of the seat, unless the particular features of the case indicate obvious reasons to the contrary [91].

Under this reasoning, the Court concluded that the parties implicitly chose that the law applicable to their arbitration agreement would be the law of the seat, i.e., English law [109]. The anti-suit injunction was granted.

appliquée depuis 2013 avec *Sulamerica Cia Nacional de Seguros SA v Enesa Engenharia SA* [2013].

Juge Popplewell considérant qu’est venu « le temps de chercher à imposer un certain ordre et une certaine clarté dans ce domaine du droit » propose de traiter la question en deux temps.

Ainsi, lorsqu’il existe choix explicite de la loi applicable à la convention d’arbitrage, cette loi doit être appliquée. Un tel choix existe lorsque la convention le mentionne explicitement ou lorsque cela ressort des termes du choix de loi applicable au contrat principal ou d’une lecture combinée de celui-ci et de la convention d’arbitrage [90].

Dans tous les autres cas, Juge Popplewell considère que la règle générale devrait être que, en tant que choix implicite, la loi applicable à la convention d’arbitrage est la loi du siège, à moins qu’il ne ressorte des caractéristiques particulières de l’affaire d’évidentes raisons contraires [91].

Aux termes de ce raisonnement, la Cour conclut que les parties ont implicitement choisi que la loi applicable à leur convention d’arbitrage serait la loi du siège à savoir la loi anglaise [109]. L’*anti-suit injunction* est accordée.

INTERNATIONAL AWARDS

SENTENCES INTERNATIONALES

ICSID, *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/98/2, 8 January 2020, Decision on annulment

Contributed by Anastasia Medvedskaya

On 8 January 2020, the ICSID Annulment Committee comprising Prof. Rolf Knieper, Prof. Dr. Nicolas Angelet and Prof. Yuejiao Zhang rendered a decision on the application for annulment of the award in the *Victor Pey Casado v. Chile* resubmitted arbitration, rendered on 13 September 2016. The Committee rejects this application in full.

The dispute arose out from the confiscation of the two Chilean media companies publishing the newspaper “El Clarin” following the *coup d’état* led by General Augusto Pinochet in 1973. In the first arbitration, the tribunal composed of Prof. Pierre Lalive, Mr. Mohammed Chemloul and Professor Emmanuel Gaillard partially satisfied the investor’s claims finding that the claim for expropriation fell outside of the temporal scope of the Spain-Chile Bilateral Investment Treaty (“Spain-Chile BIT”). The tribunal nevertheless ruled that Chile breached its obligations under the BIT as the failure by its national courts to decide on the compensation over seven years constituted a denial of justice. The tribunal awarded over \$10 million in damages. Chile filed an application for annulment and the *ad hoc* Committee (“First Committee”) annulled the part of the award related to the issue of damages.

CIRDI, *Victor Pey Casado and President Allende Foundation c. République du Chili*, Affaire CIRDI No. ARB/98/2, 8 janvier 2020, Décision sur l’annulation

Contribution de Anastasia Medvedskaya

Le 8 janvier 2020, le Comité d’annulation du CIRDI, composé des Professeurs Rolf Knieper, Dr. Nicolas Angelet et Yuejiao Zhang, a rendu une décision concernant la demande d’annulation de la sentence arbitrale dans l’affaire *Victor Pey Casado c. Chili*, rendue le 13 septembre 2016. Le Comité a rejeté la requête en annulation dans son intégralité.

Le différend est survenu à la suite d’une confiscation des actifs des deux entreprises chiliennes publiant le journal « El Clarin » à la suite du coup d’État mené par le général Augusto Pinochet en 1973. Dans le premier arbitrage, le tribunal composé du professeur Pierre Lalive, de M. Mohammed Chemloul et du professeur Emmanuel Gaillard a partiellement satisfait les demandes de l’investisseur, jugeant que la demande d’expropriation était hors du champ d’application temporel du traité bilatéral d’investissement Espagne-Chili (« TBI Espagne-Chili »). Le tribunal a néanmoins estimé que le Chili avait manqué à ses obligations internationales dans la mesure où le fait que ses tribunaux nationaux n’aient pas statué sur l’indemnisation pendant sept ans constituait un déni de justice. Le tribunal a accordé plus de 10 millions de dollars en dommages et intérêts. Le Chili a formé un recours en annulation et la Comité *ad hoc* (« Premier

In the resubmitted arbitration, damages were claimed by the daughter of Mr. Pey Casado (assignee of his shares in the two media companies). The arbitral tribunal ("Resubmission Tribunal") dismissed Ms. Coral Pey Grebe's claims and ruled that she failed to prove any quantifiable injury rejecting her claims for unjust enrichment and moral damages.

In this annulment proceedings, the applicants argue upon eight contentious issues both on the constitution of the Resubmission Tribunal and on the substance of the award.

Applicants argue that the appointment of Alexis Mourre in the Resubmission Tribunal, the rejection of the request for his removal and the unsuccessful challenge of Sir Franklin Berman and Mr. V.V. Veeder constitute grounds for finding an improper constitution of the tribunal, a manifest excess of powers and a serious departure from a rule of procedure. Applicants also criticize the way the Resubmission Tribunal treated evidence, failed to give *res indicata* effect to unannulled findings of the First Award. They also attack the dismissal of the restitution claim for damages suffered due to the defense of investment and the improper appreciation of the claimant's role in the Resubmission Proceedings.

In the first arbitration, the Chile-appointed arbitrator resigned without the consent of the tribunal and was replaced. Applicants submit that since this part of the First Award was not annulled, Chile's right to appoint Alexis Mourre in the resubmission proceedings is forfeited. The Annulment Committee disagrees with the applicants because when an award is annulled the

Comité») a partiellement annulé la sentence sur la question relative aux dommages et intérêts.

Dans l'arbitrage nouvellement introduit, les dommages-intérêts ont été réclamés par la fille de M. Pey Casado (cessionnaire de ses parts dans les deux sociétés de médias). Le tribunal arbitral (le « Tribunal de Nouvel Examen ») a rejeté les demandes de Mme Coral Pey Grebe et a jugé qu'elle n'avait pas prouvé un quelconque préjudice quantifiable, rejetant ses demandes pour un enrichissement sans cause ainsi que pour le dommage moral.

Dans le cadre de la présente procédure d'annulation, les requérants débattent autour de huit questions litigieuses portant à la fois sur la constitution du Nouveau Tribunal et sur le fond de la sentence critiquée.

Les requérants soutiennent que la nomination d'Alexis Mourre dans Tribunal de Nouvel Examen, ainsi que le rejet de la demande de révocation de celui-ci et les demandes infructueuses de récusation des arbitres Franklin Berman et de V.V. Veeder constituent des motifs permettant de conclure à une constitution irrégulière du tribunal arbitral, à un excès de pouvoir manifeste et à une dérogation grave aux règles de procédure. Les requérants critiquent également la manière dont le Nouveau Tribunal a traité l'administration de la preuve, n'a pas donné d'effet d'autorité de chose jugée attachée aux conclusions non annulées dans la première sentence (« Sentence Initiale»). Ils attaquent également le rejet de la demande de compensation pour les dommages subis en raison de la défense de l'investissement et la

dispute continues but the proceeding is in the hands of a new adjudicating body.

Applicants further submit that the Resubmission Tribunal comprising Sir Franklin Berman (chairman) and Mr. V.V. Veeder (arbitrator appointed by Claimants), both barristers at Essex Court Chambers, was improperly constituted. Chile being a strategic client for Essex Court Chambers, the arbitrators failed to make a full disclosure and refused to make an in-depth inquiry of their Chambers' long-standing and lucrative relationship with Respondent. The Committee explains that, in line with *EDF v. Argentina* and *Suez v. Argentina* cases, it has only the powers to address arbitrators' independence and impartiality *de novo* when the decision taken was "so plainly unreasonable that no reasonable decision-maker could have reached it" (para. 564). After thoroughly analyzing the fact-pattern surrounding the Resubmission Tribunal's conduct, the Committee decides that the Resubmission Award was rendered by a properly constituted tribunal.

Applicants argue that the Resubmission Tribunal did not give due effect to factual elements discussed in the First Arbitration relating to expropriation. The First Award excluded certain facts which occurred before the entry into force of the BIT from its analysis, finding that there was no expropriation but that the investor could be compensated for the breach of the fair and equitable treatment standard. The First Committee invalidated the reasoning of the First Tribunal determining the appropriate method for the calculation of damages.

mauvaise appréciation du rôle de la demanderesse dans la procédure du Nouvel Examen.

Lors du premier arbitrage, l'arbitre nommé par le Chili a démissionné sans le consentement du tribunal arbitral et a été remplacé. Les requérants font valoir que puisque cette partie de la première sentence n'avait pas été annulée, le Chili a perdu son droit de nommer Alexis Mourre en tant qu'arbitre dans la procédure du Nouvel Examen. Le comité d'annulation rejette ces arguments car lorsqu'une sentence est annulée, le litige se poursuit entre les mains d'un nouvel organe juridictionnel.

Les requérants font en outre valoir que le tribunal du Nouvel Examen composé de Franklin Berman (président) et de V.V. Veeder (arbitre nommé par les requérants), tous deux *barristers* chez Essex Court Chambers, a été irrégulièrement constitué. Le Chili étant un client stratégique pour Essex Court Chambers, les arbitres n'ont divulgué de manière complète l'information et ont refusé de faire une enquête approfondie sur la relation de leur Chamber avec la défenderesse. Le Comité explique que, conformément aux sentences dans les affaires *EDF c. Argentine* et *Suez c. Argentine*, il n'a le pouvoir de réexaminer *de novo* l'indépendance et l'impartialité des arbitres que lorsque la décision prise était « si clairement déraisonnable qu'aucune personne raisonnable n'aurait pu y parvenir » (para. 564). Suite à une analyse approfondie des faits relatifs à la conduite du Tribunal de Nouvel Examen, le Comité décide que la sentence a été rendue par un tribunal régulièrement constitué.

The Resubmission Tribunal confirmed the *res indicata* effect of the prior determination and found that the damages arising from the violation of the fair and equitable treatment standard cannot have the same ground as the damages resulting from an expropriation. The Annulment Committee confirms this analysis stating that Applicants have erroneously interpreted the *res indicata* effect of the First Award.

With respect to costs, Committee decides that despite Applicants' request for annulment being rejected each party should bear its own expenses and the costs of the Center are finally paid out of the advances made by the Applicants.

Les requérants font valoir que le Tribunal de Nouvel Examen n'a pas tenu compte des éléments factuels examinés lors du premier arbitrage relatif à l'expropriation. La première sentence arbitrale a exclu de son analyse certains faits survenus avant l'entrée en vigueur du TBI, concluant qu'il n'y avait pas d'expropriation mais que l'investisseur pouvait être indemnisé pour la violation de la norme de traitement juste et équitable. Le Premier Comité a invalidé le raisonnement du Tribunal Initial déterminant la méthode appropriée pour le calcul des dommages-intérêts.

Le Tribunal de Nouvel Examen a confirmé l'autorité de la chose jugée de la Sentence Initiale et a jugé que les dommages résultant de la violation de la norme de traitement juste et équitable ne peuvent avoir le même fondement que les dommages résultant d'une expropriation. Le Comité confirme cette analyse en déclarant que les requérants ont interprété de manière erronée l'autorité de la chose jugée attachée à la Sentence Initiale.

En ce qui concerne les frais et dépens, le Comité décide que malgré le rejet de la demande d'annulation des requérants, chaque partie doit supporter ses propres frais et que les coûts du Centre sont finalement payés à partir des avances faites par les requérants.

ICSID, *Thomas Gosling and others v. Republic of Mauritius*, ICSID Case No. ARB/16/32, 18 February 2020, Award

Contributed by Florence Ecochard

On 18 February 2020, an ICSID tribunal chaired by Dr. Andrés Rigo Sureda decided a dispute between a group of investors and the Republic of Mauritius (“Respondent”). The dispute concerned two real estate and tourism projects in Mauritius.

Claimants are Mr. Thomas Gosling, a national of the United Kingdom, English company Property Partnerships Development Managers Limited (“PPDM”), and three companies incorporated in the Republic of Mauritius, namely Property Partnerships Developments Ltd (“PPD”), Property Partnerships Holdings Ltd (“PPH”), and TG Investments Ltd (“TGI”) (together, the “Claimants”).

Mauritius sought to have the culturally significant sight of Le Morne registered on UNESCO’s World Heritage List. The government published successive reports as they sought to meet UNESCO’s standards. The first of Claimant’s projects was to be implemented in the Le Morne area, and the first reports issued by the government of Mauritius permitted for tourism development on the land of Claimants’ project, but were not endorsed by UNESCO. Eventually, the last report, published in September 2007, prohibited all development in certain zones including the land of Claimants’ project. This final report was found to meet UNESCO’s criteria.

The second project was to be developed in the Pointe Jérôme area. A portion of this area was leased to

CIRDI, *Thomas Gosling et autres c. République de Maurice*, Affaire CIRDI No. ARB/16/32, 18 février 2020, Sentence

Contribution de Florence Ecochard

Le 18 février 2020, un tribunal CIRDI, présidé par le Dr Andrés Rigo Sureda, a statué sur un litige entre un groupe d’investisseurs et la République de Maurice (le « Défendeur »). Le litige concernait deux projets immobiliers et touristiques à Maurice.

Les demandeurs sont M. Thomas Gosling, ressortissant du Royaume-Uni, la société anglaise Property Partnerships Development Managers Limited (« PPDM ») et trois sociétés constituées en République de Maurice, à savoir Property Partnerships Developments Ltd (« PPD »), Property Partnerships Holdings Ltd (« PPH ») et TG Investments Ltd (« TGI ») (ensemble, les « Demandeurs »).

Le Défendeur souhaitait inscrire le site géographique du Morne sur la liste du patrimoine mondial de l’UNESCO. Le premier projet litigieux devait être mis en œuvre dans cette région. Plusieurs rapports ont été successivement publiés par le gouvernement dans le but de répondre aux exigences de l’UNESCO. Les premiers rapports permettaient le développement du tourisme sur le site où les Demandeurs voulaient développer leur projet, mais n’ont pas été approuvés par l’UNESCO. Enfin, un dernier rapport est publié en septembre 2007, interdisant tout développement dans certaines zones, y compris sur les terres visées par le projet des Demandeurs. Ce rapport a été évalué conforme aux exigences de l’UNESCO.

Pointe Jérôme Development Limited (“PJD”), a company controlled by PPDM. The lease stipulated a time limit to start construction. After expiration of an already extended time limit, Respondent rejected PJD’s request for an extension and cancelled the lease.

Claimants allege that Respondent’s actions regarding their investments violate the Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of Mauritius for the Promotion and Protection of Investments of 13 October 1986 (the “BIT”). Claimants allege that Respondent’s actions violate the Fair and Equitable Treatment standard (“FET”) (article 2), constituted an unlawful expropriation (article 5), and are overall discriminatory (article 3).

The tribunal begins by dealing with the Le Morne project before moving on to the Pointe Jérôme project.

At the jurisdictional stage, the tribunal dismisses Respondent’s argument that Claimants do not have protected assets.

In the Le Morne project, the different agreements between Claimants and the local landowners constitute the contractual structure qualifying as assets covered by the BIT. Respondent objects that Claimants still needed governmental authorisation and permits to carry out the Le Morne Project. The tribunal finds that the extent that progress or lack of it in the realisation of the Project implicated the responsibility of the Respondent is a matter to be resolved on the merits.

Le deuxième projet devait être développé dans la région de Pointe Jérôme. Une partie de cette zone était louée à Pointe Jérôme Development Limited (« PJD »), une société contrôlée par PPDM. Le bail stipulait un délai maximal pour le début de la construction. Après l’expiration du délai, qui avait déjà été prolongé, le Défendeur a rejeté la demande de prolongation de PJD et a annulé le bail.

Les Demandeurs allèguent que les actions du Défendeur concernant leurs investissements violent l’accord entre le gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d’Irlande du Nord et le gouvernement de Maurice pour la promotion et la protection des investissements du 13 octobre 1986 (le « TBI »). En particulier, les Demandeurs déclarent que les actions du Défendeur violent le standard de traitement juste et équitable (article 2) constituent une expropriation illégale (article 5), et sont discriminatoires (article 3).

Le tribunal traite d’abord du projet Le Morne, puis du projet de Pointe Jérôme.

Au stade de la compétence, le tribunal rejette l’argument du Défendeur selon lequel les Demandeurs n’ont pas de biens protégés par le TBI.

En ce qui concerne le projet Le Morne, les différents accords entre les Demandeurs et les propriétaires fonciers locaux constituent la structure contractuelle permettant aux Demandeurs de réaliser leur projet. Le Défendeur fait valoir que les Demandeurs ont besoin d’autorisation et de permis gouvernementaux pour développer ce projet. Le tribunal estime que la mesure dans laquelle les progrès ou l’absence de progrès dans

Tribunal applies the same reasoning to the Pointe Jérôme Project. Respondent argues that the alleged rights to develop the leasehold land lacked substance because, at the time the lease was cancelled, Claimants had not yet taken any steps to fulfill conditions essential for the development of the project. However, the tribunal notes that even if Claimants did not take the steps to materialize the right to develop the leasehold, they were still entitled to do so.

The tribunal dismisses all other Respondent's jurisdictional objections except in respect of TGI, which was found to lack standing in the proceedings as it was not incorporated at the time of the dispute.

Claimants argue that the substantial deprivation of the use and value of their contractual rights with no compensation by Respondent constituted an indirect expropriation. The Board of Investment ("BOI") issued Claimants two letters, the first one stated they will consider the request for an investment certificate after receipt of certain documents, and the second one reminded Claimants to provide the necessary documentation. The tribunal notes that Respondent issued this second letter notwithstanding that the recommendations to which the first letter referred had been rejected by UNESCO in the meantime. On the other hand, Claimants knew the recommendations to which they adjusted the Le Morne Project had not yet been approved.

Tribunal therefore concludes that none of the documentation conferred development rights to Claimants and did not give expectations for Claimants to invest.

la réalisation du projet joue sur la responsabilité du Défendeur est une question de fond.

Le même raisonnement s'applique au projet de la Pointe Jérôme. Le Défendeur fait valoir que les prétendus droits de développer le terrain loué sont inconsistants car, au moment où le bail a été annulé, les Demandeurs n'avaient encore pris aucune mesure pour remplir les conditions essentielles au développement du projet. Cependant, le tribunal note que même si les Demandeurs n'ont pas pris ces mesures, ils étaient toujours en droit de le faire.

Le tribunal rejette toutes les autres exceptions d'incompétence du Défendeur, sauf en ce qui concerne TGI, qui a été jugée comme n'ayant pas qualité à agir dans la procédure, car elle n'était pas constituée au moment de la survenance du litige.

L'expropriation indirecte alléguée par les Demandeurs concernant le projet Le Morne est fondée sur la privation substantielle de l'usage et de la valeur de leurs droits contractuels suite à l'absence d'indemnisation par le Défendeur. Le Conseil d'Investissement a envoyé aux Demandeurs deux lettres, la première indiquant qu'ils examineront la demande de certificat d'investissement après réception de certains documents, et la seconde rappelant aux Demandeurs de fournir les documents nécessaires. Le tribunal constate que le Défendeur a émis cette deuxième lettre en sachant que les recommandations auxquelles la première lettre faisait référence avaient été rejetées par l'UNESCO dans l'intervalle. D'un autre côté, les requérants savaient que les recommandations auxquelles ils avaient adapté le projet Le Morne n'avaient pas été approuvées.

To address the alleged FET violation regarding the Le Morne project, the tribunal gives a definition aligned with the *Waste Management* case, stating that FET standard must be understood as a “treatment that objectively will be considered just by an impartial observer bearing in mind the circumstances” [§246]. According to this understanding, the tribunal states that change in policy as regards Claimant’s land needs to be assessed in the context of the progress made by Claimants in obtaining all the permits required for the project. By the time Respondent changed its policy, Claimants had not obtained the permits necessary and the LOI had expired more than a year earlier. On this basis, Claimant’s FET claim is dismissed.

Regarding Pointe Jerome project, the tribunal first addresses the discrimination claim. Claimants’ claim that Respondent is normally not strict about deadlines to start construction. However, no practice of extending routinely the period to start construction was proven in similar circumstances. This claim is dismissed.

The tribunal treats the difference of treatment in the alleged FET violation with the same reasoning as for the Le Morne project. The tribunal adds that the cancellation was lawful as allowed by the contract if certain conditions are not met. Since claimants did not apply for any of the required permits, Respondent lawfully cancelled the lease.

As regards indirect expropriation, the tribunal starts by reminding that the expropriation has been proven lawful. Then the tribunal examines whether Respondent acted as sovereign. Since Respondent cancelled the Lease *de plein droit* as permitted by the

Le tribunal conclut que la documentation émise ne conférerait pas de droits de développement aux Demandeurs et ne leur donnaient pas d’attentes légitimes.

Pour répondre à la violation présumée du standard du traitement juste et équitable concernant le projet Le Morne, le tribunal donne une définition alignée sur celle donnée dans *Waste Management*, indiquant qu’un traitement juste et équitable doit être compris comme un « traitement qui sera objectivement considéré comme juste par un observateur impartial compte tenu des circonstances » [§246]. Selon cette interprétation, le tribunal déclare que le changement de politique concernant le terrain des Demandeurs doit être évalué au regard des progrès réalisés concernant l’obtention des permis requis pour le projet. Au moment où le Défendeur a modifié sa politique, les Demandeurs n’avaient pas obtenu les permis nécessaires et la lettre d’intention avait expiré plus d’un an auparavant. Sur cette base, la demande est rejetée.

A propos du projet de Pointe Jérôme, le tribunal se penche d’abord sur la plainte pour discrimination. Les Demandeurs affirment qu’en temps normal, le Défendeur n’est pas exigeant sur les délais pour commencer la construction. Cependant, aucune pratique consistant à prolonger systématiquement le délai de démarrage de la construction n’a été prouvée dans des circonstances similaires. Cette demande est rejetée.

Le tribunal traite la différence de traitement dans la violation alléguée du standard de traitement équitable avec le même raisonnement que pour le projet Le Morne. Le tribunal ajoute que l’annulation était légale

terms of the lease it did not use any other rights than its contractual rights.

The award dismisses all claims on the merits.

Arbitrator Stanimir Alexandrov issued his dissenting opinion on 14 February 2020.

Regarding the Le Morne project, Professor Alexandrov agrees that Claimants did not obtain all the necessary permits and authorisations, but strongly disagrees on the tribunal's conclusion that they did not have development rights. He states that Claimants had contractual rights to an income stream from the project, and those rights were destroyed by the Government's change of policy in September 2007.

Also, Arbitrator Alexandrov claims that the tribunal denying any value to the Claimant's assets at the liability stage is inconsistent with its own finding of jurisdiction *ratione materiae*.

Regarding the Pointe Jérôme project, Professor Alexandrov agrees that Respondent had discretion not to grant the requested extension and to terminate the lease. He regrets that the award stops here and does not inquire how it was done. In his opinion, Respondent breached its obligations under the BIT in a non-transparent, unfair, arbitrary, and discriminatory manner.

Arbitrator Alexandrov concludes that Respondent violated article 2(2) of the BIT by denying Claimants FET and article 5 of the BIT by expropriating Claimants' investments without paying compensation, both with respect to the Le Morne and the Pointe Jérôme projects.

puisque le bail permet l'annulation si certaines conditions ne sont pas remplies. Les Demandeurs n'ayant demandé aucun des permis requis, le Défendeur a légalement annulé le bail.

En ce qui concerne l'expropriation indirecte, le tribunal commence par rappeler que la légalité de l'expropriation a été prouvée. Ensuite, le tribunal examine si le Défendeur a agi en tant que souverain. Puisque le Défendeur a annulé le bail de plein droit, il n'a pas fait usage d'autres droits que ses droits contractuels.

La sentence arbitrale rejette toutes les demandes sur le fond.

L'arbitre Stanimir Alexandrov a émis une Opinion dissidente le 14 février 2020.

En ce qui concerne le projet Le Morne, le professeur Alexandrov concède que les Demandeurs n'ont pas obtenu tous les permis et autorisations nécessaires, mais désapprouve la conclusion du tribunal selon laquelle ils ne jouissaient pas de droits de développement. Selon lui les Demandeurs disposaient de droits contractuels sur un potentiel retour financier provenant du projet, et ces droits ont été détruits par le changement de politique du Défendeur en septembre 2007.

De plus, l'arbitre Alexandrov affirme que la négation par le tribunal de toute valeur aux actifs des Demandeurs au stade de l'examen au fond est incompatible avec sa propre conclusion sur sa compétence matérielle.

En ce qui concerne le projet de Pointe Jérôme, le professeur Alexandrov reconnaît le pouvoir

discrétionnaire du Défendeur de ne pas accorder la prolongation demandée et de résilier le bail. Il regrette que la sentence ne s'enquière pas de la manière dont ce pouvoir discrétionnaire a été exercé. Selon lui, le Défendeur a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu du TBI en agissant de manière non transparente, injuste, arbitraire et discriminatoire.

L'arbitre Alexandrov conclut que le Défendeur a violé l'article 2(2) du TBI en refusant aux Demandeurs un traitement juste et équitable, et l'article 5 du TBI en expropriant les investisseurs sans leur verser de compensation, tant en ce qui concerne les projets Le Morne que Pointe Jérôme.

**ICSID, *Lidercón, S.L. v. Republic of Peru*,
ICSID Case No. ARB/17/9, 6 March 2020,
Award**

Contributed by Rudy Tchikaya

On March 6, 2020, the Arbitral Tribunal decided on a dispute between Lidercón S. L. (the "Claimant") against the Republic of Peru (the "Respondent") regarding a concession contract.

Indeed, in 2004, Lidercón S. L. entered into a concession contract with the metropolitan municipality of Lima, the Peruvian capital, for the construction and operation of automobile inspection centres. The particularity of Lidercón S. L.'s request. L. is that the contract is still in force, but the Plaintiff complains of an infringement of exclusive rights which it allegedly obtained from the contract with the city of Lima. Being a company incorporated under Spanish law, the Claimant bases its claim on the bilateral treaty for the protection of investments concluded between

**CIRDI, *Lidercón, S.L. c. République du Pérou*,
Affaire CIRDI No. ARB/17/9, 6 mars 2020,
Sentence**

Contribution de Rudy Tchikaya

Le 6 mars 2020, le tribunal arbitral a statué sur un différend opposant la société Lidercón S. L. (la « Demanderesse ») à la République du Pérou (la « Défenderesse ») au sujet d'un contrat de concession.

En effet, en 2004, la société Lidercón S. L. a conclu avec la municipalité métropolitaine de Lima, la capitale péruvienne, un contrat de concession pour la construction et l'exploitation de centres d'inspection de véhicules automobiles. La particularité de la demande de la société Lidercón S. L. est que le contrat est toujours en vigueur mais la Demanderesse à l'instance se plaint d'une atteinte à des droits d'exclusivité qu'elle aurait obtenue du contrat avec la ville de Lima. Étant une société de droit espagnol, la Demanderesse fonde sa demande contentieuse en se

the Kingdom of Spain and the Republic of Peru on 17 November 1994, claiming that its investment has been reduced by US\$95 million. As a result of various decisions and events from the Peruvian public authorities, namely the promulgation of a 2008 law establishing the rules for the operation of a national vehicle inspection system administered by the Ministry of Transport and Communications ; the judicial declaration that a 2011 arbitral award in favour of Lidercón was partially unenforceable, and a September 2007 decision by INDECOPI, subsequently upheld by the courts, that Ordinance no. MML 694, which in fact authorized the granting of exclusive rights under the concession contract, constituted an illegal bureaucratic barrier.

The arbitration procedure was initiated on 21 December 2016 before the ICSID and is based on the Bilateral Treaty on the Protection of Investments concluded between Spain and Peru. In a first stage, the Arbitral Tribunal examined the admissibility of the claims. The Republic of Peru argued that the Claimant did not have the necessary authority to file a request for arbitration. The objection of lack of authority raised a number of issues of Spanish law which were discussed at length and were the subject of extensive legal opinions by the parties' experts, in particular regarding the sole director status of the Claimant's representative or the need for approval by the general meeting to initiate the arbitration. The Tribunal admitted the claims in accordance with the procedural rules of ICSID. As the Claimant's standing is no longer contested, the Respondent objects to the jurisdiction of the Arbitral Tribunal on the ground that the

plaçant sous le régime du Traité bilatéral de protection des investissements conclu entre le Royaume d'Espagne et la République du Pérou le 17 novembre 1994 alléguant que son investissement a été diminué de 95 millions de dollars américains. En raison de différents décisions et événements provenant des autorités publiques péruviennes, à savoir la promulgation d'une loi de 2008 établissant les règles de fonctionnement d'un système national d'inspection des véhicules administré par le ministère des Transports et des Communications ; la déclaration judiciaire selon laquelle une sentence arbitrale de 2011 favorable à Lidercón était partiellement inexécutable, et une décision de septembre 2007 de l'INDECOPI, confirmée ensuite par la justice, selon laquelle l'ordonnance no. MML 694, qui autorisait en fait l'octroi de droits exclusifs dans le cadre du contrat de concession, constituait une barrière bureaucratique illégale. De plus, selon une loi de 1999, le ministre des Transports a le pouvoir de superviser les inspections de véhicules dans le pays.

La procédure d'arbitrage a été introduite le 21 décembre 2016 devant le CIRDI et se base sur le Traité bilatéral de protection des investissements conclu entre l'Espagne et le Pérou. Dans un premier temps, le tribunal arbitral a étudié la recevabilité des demandes. La République du Pérou reprochait à la Demanderesse de ne pas avoir l'autorité nécessaire pour introduire une demande d'arbitrage. L'objection du manque d'autorité a soulevé un certain nombre de questions de droit espagnol qui ont été longuement débattues et ont fait l'objet d'avis juridiques approfondis par les experts des parties, notamment concernant la qualité

Claimant seeks to evade jurisdiction by attempting to substitute a purely contractual dispute for a conventional dispute against a State. In the light of various arbitral precedents and the facts, the tribunal confirms its jurisdiction, considering in particular that the company wanted to fully implement the dispute resolution provisions and that Peru made use of its "imperium", acts of sovereignty that went beyond a strictly contractual framework.

On the merits, Lidercón alleges that the Peruvian State (1) failed to treat him fairly and equitably; (2) discriminated against him; and (3) violated the concession contract. The course of the proceedings enabled the Tribunal to consider first that (1) with regard to fair and equitable treatment, the concession contract contains provisions for situations where performance is obstructed by legislation, as well as a mechanism for adjusting the price if the profitability of the investment is significantly affected. Moreover, according to the arbitral tribunal, the Peruvian authorities' conduct has not been deficient, neither with respect to the refusal to investigate in 2004 and 2007 nor with respect to the decisions relating to the 2011 arbitration award having the force of *res judicata*. Furthermore, the Tribunal does not find sufficient basis to consider that the various decisions handed down by the Peruvian judiciary constitute an infringement of fair and equitable treatment by denial of justice, in particular because of a failure to respect the rights of the defence.

With regard to the alleged discrimination against the Claimant regarding the national operators, the Arbitral Tribunal reminds the Claimant that Articles 19 and 23

d'administrateur unique du représentant de la Demanderesse ou sur la nécessité d'une approbation de l'assemblée générale pour initier cet arbitrage. Le Tribunal a admis les demandes conformément aux règles procédurales du CIRDI. La qualité pour agir de la Demanderesse n'étant plus contestée, la Défenderesse rejette la juridiction du Tribunal arbitral en reprochant à la Demanderesse de vouloir échapper à la juridiction compétente en tentant de substituer un différend purement contractuel à un différend conventionnel contre un État. Au regard de différents précédents arbitraux et des faits, le tribunal confirme sa juridiction considérant notamment que la société recherchait à faire pleine application des dispositions de résolution des différends et que le Pérou a fait usage de son « imperium », d'actes de souveraineté dépassant un cadre strictement contractuel.

Sur le fond, Lidercón reproche à l'État péruvien (1) de ne pas lui avoir accordé un traitement juste et équitable ; (2) d'avoir fait preuve de discrimination à son égard ainsi que (3) d'avoir violé le contrat de concession. Le déroulé de la procédure a permis au Tribunal de considérer tout d'abord que tout d'abord, s'agissant du traitement juste et équitable, le contrat de concession prévoit des dispositions spécifiques en cas d'exécution entravée par l'évolution législative ainsi qu'un mécanisme d'ajustement du prix si la rentabilité de l'investissement est affectée de manière significative. De plus, selon le tribunal arbitral le comportement des autorités péruviennes n'a pas été défaillant ni concernant les refus d'enquêter en 2004 et 2007 ainsi que les décisions relatives à la décision d'arbitrage de 2011 ayant autorité de la chose jugée.

of the concession contract offered advantageous terms to the Claimant, which the Claimant chose not to invoke. Furthermore, the Tribunal rules out the liability of the Peruvian State for discriminatory or inappropriate conduct resulting from the legislative authority's investigation of the bidding and the contract that impeded its performance.

Accordingly, the Tribunal, after deciding on its own jurisdiction and declaring the claims made admissible, dismissed all the claims in the absence of a material breach of the BIT. In addition, the Claimant is ordered to pay just over US\$4 million in costs to the Respondant State. Finally, the Arbitral Tribunal finds that the concession contract is still in force and encourages the parties to negotiate to determine its effects.

Par ailleurs, le tribunal ne trouve pas de base suffisante pour considérer que les différentes décisions rendues par la justice péruvienne constituent une atteinte au traitement juste et équitable par déni de justice notamment faute de manquement aux droits de la défense. Concernant la discrimination alléguée contre la Demanderesse par rapport aux opérateurs nationaux, le tribunal arbitral rappelle que les articles 19 et 23 du contrat de concession ouvraient des modalités avantageuses à la Demanderesse dont cette dernière a choisi de ne pas se prévaloir. Par ailleurs, le tribunal écarte la responsabilité de l'État péruvien pour un comportement discriminant ou inapproprié résultant d'enquête du pouvoir législatif sur l'appel d'offre et le contrat entravant son exécution.

Ainsi, le tribunal, après avoir statué sur sa propre compétence et déclaré les demandes formulées recevables, a décidé de rejeter ces dernières en l'absence de violation caractérisée du Traité. De plus, la Demanderesse est condamnée à payer un peu plus de 4 millions de dollars américains au titre des dépens. Enfin, le tribunal arbitral constate que le contrat de concession est toujours en vigueur et encourage les parties à la négociation pour en déterminer les effets.

ICSID, *Itisaluna Iraq LLC and others v. Republic of Iraq*, ICSID Case no. ARB/17/10, 3 April 2020, Award

Contributed by Yassine El Wardi

On 3 April 2020, an ICSID Arbitral Tribunal chaired by Sir Daniel Bethlehem Q.C, rendered a final award in an arbitration concerning a dispute between a group of four claimants and the Republic of Iraq.

CIRDI, *Itisaluna Iraq LLC et autres c. République d'Iraq*, Affaire CIRDI no. ARB/17/10, 3 avril 2020, Sentence

Contribution de Yassine El Wardi

Le 3 avril 2020, un tribunal arbitral constitué sous l'égide du CIRDI et présidé par Sir Daniel Bethlehem Q.C. (le « Tribunal »), a rendu un jugement portant sur

Claimants were a group of four companies, two of which were incorporated under the laws of Jordan. The two other companies were incorporated under the laws of Dubai in the United Arab Emirates.

The dispute arose out of an investment made by Claimants in 2006. Claimants entered into a license agreement for the provision of telecommunication services with an Iraqi state entity. They were entitled to install and operate a public network for the purposes of providing telecommunication services in Iraq. The agreement also vested Claimants with a right to establish and operate their own international gateways. However, all attempts to exercise this right failed. In 2008, the General Secretariat of the Council of Ministers in Iraq prohibited Claimants from operating their own gateway. Claimants sustain that the Iraqi government has stripped the License agreement of its key terms, thus putting them in a financially unsustainable position.

Claimants contend that the actions of the Iraqi Government are in violation of the Fair and Equitable Treatment standard as well as the Full Protection and Security standard provided for in the Organization of the Islamic Conference agreement on the protection of investments (the “OIC agreement”). Claimants also contend that all obligations undertaken under the Iraq-Japan BIT are also owed to nationals of the OIC member states by operation of the most favored nation treatment clause contained in article 8(1) of the OIC agreement (the “MFN clause”). They therefore allege that Iraq has breached the national treatment clause and the umbrella clause contained in the Iraq-Japan BIT.

un litige opposant plusieurs investisseurs à l'État iraquien.

Les investisseurs sont un groupe de quatre sociétés, dont deux sont immatriculées en Jordanie. Les deux autres sociétés sont immatriculées à Dubaï, aux Émirats Arabes Unis.

Le litige naît de l'investissement des Requérants dans le secteur des télécommunications iraquien. Ils concluaient en 2006 un contrat de licence pour les services de télécommunications, aux termes duquel ils étaient autorisés à installer et à opérer un réseau public de télécommunications. Ils bénéficiaient également du droit, aux termes dudit contrat, d'installer et d'opérer un portail international unique (*International Gateway service*). Malgré leurs nombreuses tentatives, les Requérants n'ont jamais pu exercer ce droit. En effet, le secrétariat général du conseil des ministres les privait de cette prérogative dès 2008. Les Requérants soutiennent que leur situation financière s'est gravement détériorée du fait de cette décision.

Les Requérants font grief au gouvernement iraquien d'avoir violé les standards de traitement juste et équitable et de sécurité pleine et entière, tels qu'énoncés par l'accord sur la protection des investissements entre les États membres de l'organisation de la conférence islamique (« traité OCI »). Les Requérants estiment également qu'ils sont fondés à se prévaloir des standards énoncés au sein du traité bilatéral conclu entre l'Iraq et le Japon, en vertu de la clause de la nation la plus favorisée (« clause NPF ») contenue dans le Traité OCI. Ils soutiennent en conséquent que l'État iraquien a également violé la

Claimants chose to bring proceedings before an ICSID tribunal, although the dispute settlement clause in article 17 of the OIC agreement does not make any reference to the ICSID convention. Their reasoning is twofold: Article 17 of the OIC agreement grants an access to ad hoc arbitration for investors of OIC member states. Claimants have qualified for that access to arbitration and can now operate the MFN clause of article 8(1) to import the dispute settlement clause of the Iraq-Japan BIT into the OIC agreement. Indeed, Iraq consents to international arbitration under the ICSID convention in article 17 of the Iraq-Japan BIT.

Claimants also articulate an alternative jurisdictional argument, dispensing with recourse to article 17 of the OIC agreement. They argue that ICSID jurisdiction can be grounded on the MFN clause alone, through direct incorporation of the dispute settlement clause contained in the Iraq-Japan BIT.

In the jurisdictional phase, the critical question that requires decision by the Tribunal is whether an extraneous dispute settlement clause can be incorporated in the OIC agreement, by virtue of its MFN clause. But the Tribunal must also answer an array of jurisdictional objections raised by Respondent. Respondent objects to Claimants' contention that Article 17 of the OIC agreement provides an access to arbitration for investors. Respondent reads article 17 as merely setting forth a state-to-state arbitration mechanism. Any reference made to investors in article 17 pertains to potential diplomatic-espousal claims in State-to-State proceedings. Respondent contends that this

clause de traitement national ainsi que la clause parapluie contenues dans le traité bilatéral Iraq-Japon.

Les Requérants décident de constituer un tribunal sous l'égide du CIRDI, en dépit de l'absence de toute mention du CIRDI au sein du traité OCI. Les Requérants justifient ce choix en tenant le raisonnement suivant. D'une part, l'article 17 du traité OCI ouvre aux investisseurs la possibilité de recourir à une procédure arbitrale ad hoc. Les Requérants sont des investisseurs protégés par le traité, et bénéficient donc du consentement de l'État à l'arbitrage. De ce fait, ils sont fondés à recourir à l'article 8(1) du Traité OIC afin de faire jouer la clause NPF, important par là la clause de résolution des différends contenue dans le traité Iraq-japon et l'insérant au sein du traité OCI. En effet, l'État iraquien consent, à l'article 17 du traité Iraq-Japon, à l'arbitrage sous l'égide du CIRDI.

Les Requérants avancent un argument alternatif, se dispensant cette fois de tout recours à l'article 17 du traité OCI. Ils soutiennent que le CIRDI peut se voir attribuer compétence par le jeu de la clause NPF seule, celle-ci leur permettant directement de se prévaloir de la clause de règlement des différends stipulée au sein du traité Iraq-Japon.

Au stade de la décision sur la compétence, la problématique centrale concerne donc l'application de la clause NPF à l'offre juridictionnelle contenue dans un autre traité. Néanmoins, l'État défendeur conteste également l'interprétation faite par les Requérants de l'article 17 du Traité OCI. L'État défendeur avance que cet article ne contient aucune offre juridictionnelle à destination des investisseurs, mais uniquement un mécanisme de résolution des différends entre États

interpretation is further evidenced by the application of the OIC agreement in practice: The secretariat general of the OIC has repeatedly declined to act as an appointing authority in investor-state disputes.

Furthermore, Respondent asserts that any consent to arbitration under article 17 is conditioned by preliminary resort to conciliation. It views the use of the conditional terms “if...then” in said article 17 as a clear indication that such preliminary condition exists.

The Tribunal rejects Respondent first argument regarding article 17 and avers that the provision does contemplate investor-state dispute resolution, thus reaching the same conclusion as the arbitrators in the *Al Warraq* award. It puts emphasis on the language of the provision, which refers to “disputes arising under the agreement”. Such disputes will arise under specific substantive provisions of the agreement, which create obligations towards foreign investors.

The Tribunal does welcome the second objection on article 17. Having regard to the conditional language of article 17, it considers that access to arbitration is indeed contingent upon the failure of a preliminary conciliation process.

Turning to the second ground for jurisdiction put forward by Claimants, the Tribunal is presented with a series of objections raised by Respondent in regard to the operation of the MFN clause. Respondent prompts the Tribunal to distinguish cases in which the incorporation of a dispute settlement provision by operation of an MFN clause was admitted by a tribunal in spite of the absence of express language extending the scope of the MFN clause to dispute settlement clauses. Respondent refers to *Rosinvest v. Russia* and *Le*

parties à la convention. Toute mention faite à la notion d’investisseur dans le texte dudit article doit être lue comme une référence à un éventuel cas d’action en protection diplomatique intentée par un État contre un autre. L’État iraquien argue que la pratique du secrétariat général de l’OCI confirme cette interprétation, au vu du refus répété du secrétaire général de procéder à la nomination d’arbitres dans le cadre de tout litige opposant un investisseur à un État.

L’État défendeur ajoute par ailleurs que l’article 17 conditionne toute procédure arbitrale à l’échec d’une procédure de conciliation préalable, en se fondant sur la structure syntaxique utilisée par les rédacteurs, notamment le recours à la conjonction « Si ».

Le Tribunal rejette le premier argument concernant l’article 17 du traité OCI. Le Tribunal considère que cet article constitue bien une offre juridictionnelle à destination des investisseurs, s’alignant de ce fait sur les conclusions du tribunal dans l’affaire *Al Warraq*. Le Tribunal note que l’article fait référence aux « litiges résultant de cet accord ». De tels litiges naissent, aux yeux du Tribunal, de la violation par un État partie des obligations lui incombant aux termes de l’accord, obligations qui sont dues aux investisseurs étrangers.

Néanmoins, le Tribunal accueille favorablement le second argument soulevé par l’État iraquien. Au vu de la rédaction de l’article 17, le Tribunal considère qu’un tribunal arbitral ne peut être saisi que sous condition d’un recours préalable à une procédure de conciliation.

Quant au second fondement avancé par les Requêteurs afin d’enjoindre le Tribunal à reconnaître sa compétence, l’État défendeur émet là aussi plusieurs objections, enjoignant le Tribunal à ne pas tenir

Chèque Déjeuner v. Hungary and insists on the fact that both cases only allowed recourse to the MFN clause to submit additional breaches to the tribunal. The tribunals in both cases already had jurisdiction without the MFN clause.

The present Tribunal concludes that the MFN clause of the OIC agreement cannot be relied upon by Claimants to incorporate the consent in writing to ICSID jurisdiction provided for in the Iraq-Japan BIT. However, it founds its reasoning on different grounds than those relied upon by Respondent. It sets aside the solutions in the *Rosinvest* and *Le Chèque Déjeuner* case.

The tribunals in both those cases placed significant weight on the bilateral treaty practice of the states involved. Such reasoning cannot be transposed to the present case in the present Tribunal's view. Bilateral treaty practice cannot be relied upon to construe the provisions of a multilateral treaty, because such an interpretative process is bound to result in the fracturing of the multilateral character of the treaty.

The Tribunal finds guidance in paragraphs 62-63 of the *Maffezini* award. The arbitrators in the *Maffezini* case cautioned about the risks of overreach in the very principle that they laid out, asserting that the operation of an MFN clause ought to be limited by public policy considerations. They explicitly ruled out any incorporation of agreements to arbitrate that designate a particular arbitration forum, such as ICSID, by operation of the MFN clause.

In the present issue, the Tribunal observes that the OIC agreement establishes a bespoke dispute settlement mechanism. The choices made by the contracting parties stem from public policy

compte des sentences *Rosinvest c. Russie* et *Le Chèque c. Hongrie*. Les arbitres dans ces deux affaires avaient en effet admis l'incorporation d'une clause de règlement des différends par le jeu d'une clause NPF qui ne prévoyait pas expressément son application aux clauses d'arbitrage. L'État iraquien souligne le fait que ces deux sentences se contentent de faire jouer la clause NPF afin d'élargir la compétence du tribunal à des demandes supplémentaires. Les deux tribunaux étaient compétents sans qu'un recours à la clause NPF soit nécessaire.

Le Tribunal conclut également à l'inapplicabilité de la clause NPF aux clauses de règlement des différends. Le raisonnement sous-tendant cette conclusion diffère toutefois de celui-ci avancé par le Défendeur. Le Tribunal considère que le raisonnement suivi par les arbitres dans les sentences *Rosinvest* et *Le Chèque* est inapplicable au présent litige, car il est fondé sur la prise en considération de la pratique des États parties en matière de traités bilatéraux. Cette pratique ne saurait fonder l'interprétation d'un traité multilatéral tel que le Traité OCI, au risque de porter atteinte à sa nature même de traité multilatéral.

Le Tribunal se fonde sur les paragraphes 62 à 63 de la sentence *Maffezini*. Au cours de cette affaire, les arbitres mettaient en garde contre le risque d'abus dans l'application du principe qu'ils établissaient eux-mêmes, considérant que les effets d'une clause NPF devaient nécessairement être limités par des considérations d'ordre public. Ils excluaient alors expressément du champ des solutions admises toute incorporation d'une clause de règlement des différends

considerations. Any incorporation of a different dispute settlement clause would undermine the policy objectives that were pursued by the parties and led them to agree on these specific provisions.

For these reasons, the Tribunal declines jurisdiction over the dispute.

Dr Wolfgang Peter dissents from the majority's opinion, taking the view that it unwarrantedly abstained from importing the Iraq-Japan BIT provisions into the OIC agreement. He recalls that the lack of clarity of the OIC agreement provisions was acknowledged by the majority and observes that all examples given in the *Maffezini* decision refer to situations where the agreement provided for clear rules.

qui désignait une institution arbitrale particulière, telle que le CIRDI, par le jeu d'une clause NPF.

Le Tribunal constitué aux fins de règlement du présent litige remarque que le traité OCI met en place un mécanisme de résolution des différends de nature particulière, doté de caractéristiques uniques. Le choix de ce mécanisme résulte nécessairement de la prise en compte de considérations d'ordre public par les États parties au traité. L'incorporation d'une clause de résolution des différends externe remettrait alors en cause les objectifs d'ordre public qu'ont cherché à atteindre les États par la mise en place de ce mécanisme.

Au vu de ces éléments, le Tribunal décline sa compétence.

Le Dr. Wolfgang Peter émet une opinion dissidente. A ses yeux, la majorité n'a pas suffisamment justifié son refus d'étendre les effets de la clause NPF aux clauses de règlement des différends. L'arbitre rappelle que le manque de clarté des dispositions du Traité OCI est un élément qui ne fait pas débat au sein de la majorité. Pourtant, les cas de recours abusifs à la clause NPF cités par la sentence *Maffezini* impliquent tous l'énonciation par le traité de règles claires.

ICSID, *Lotus Holding Anonim Şirketi v. Republic of Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/17/30, 6 April 2020, Award

Contributed by Peri Mikayelyan

This case concerns a dispute submitted to the International Centre for Settlement of Investment Disputes ("ICSID") on the basis of the Turkey-Turkmenistan Bilateral Investment Treaty ("BIT"),

CIRDI, *Lotus Holding Anonim Şirketi c. La République du Turkménistan*, Affaire CIRDI No. ARB/17/30, 6 avril 2020, Sentence

Contribution de Peri Mikayelyan

La présente affaire s'agit d'un différend soumis au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (« CIRDI ») sur la base du traité bilatéral d'investissement Turquie-Turkménistan

the Energy Charter Treaty (“ECT”), and the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (the “ICSID Convention”). The dispute arose from certain energy projects in the Republic of Turkmenistan (“Turkmenistan”) in which Claimant was involved.

Claimant is Lotus Holding Anonim Şirketi (“Lotus Holding” or the “Claimant”), a company incorporated under the laws of the Republic of Turkey. The Respondent is the Republic of Turkmenistan (the “Respondent” or “Turkmenistan”). The claims are based on five contracts in the energy and construction sectors entered into between Turkmenistan and Lotus Enerji, the Claimant’s fully-owned subsidiary, which is involved in bankruptcy proceedings and is in control of the Turkish Bankruptcy Directorate in the course of the present arbitration proceedings.

It is the Claimant’s submission that Respondent has violated a range of obligations under the BIT and the ECT, namely the duty not to discriminate, the MFN clause, the ‘umbrella clause,’ the national treatment standard, and the duty not to expropriate, all under the BIT, and the fair and equitable treatment and the duty not to expropriate, under the ECT.

Respondent submits an Application under ICSID Arbitration Rule 41(5) for dismissal of the claim on the ground that it is manifestly without legal merit, based on the following grounds:

- 1) the Claimant’s board resolutions were not sufficient to authorize it to pursue this arbitration;

(« TBI »), du traité sur la Charte de l’énergie (« TCE ») et de la convention sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d’autres États (la « Convention CIRDI »). Le différend est né de certains projets énergétiques en République du Turkménistan (« Turkménistan ») dans lesquels la Demanderesse était impliquée.

La Demanderesse est Lotus Holding Anonim Şirketi (« Lotus Holding » ou la « Demanderesse »), une société constituée en vertu des lois de la République de Turquie. La Défenderesse est la République du Turkménistan (la « Défenderesse » ou le « Turkménistan »). Les réclamations sont fondées sur cinq contrats dans les secteurs de l’énergie et de la construction conclus entre le Turkménistan et Lotus Enerji, la filiale à 100% la Demanderesse, qui est impliquée dans une procédure de mise en faillite sous le control de la Direction turque des faillites au cours du présent arbitrage.

La Demanderesse soutient que la Défenderesse a violé une série d’obligations au titre du TBI et du TCE, notamment l’obligation de ne pas discriminer, la clause NPF, la « clause parapluie », la norme de traitement national, et l’obligation de ne pas exproprier, tous en vertu du TBI, et le traitement juste et équitable et l’obligation de ne pas exproprier, en vertu du TCE.

La Défenderesse soumet une Demande en vertu de la règle d’arbitrage 41 (5) du CIRDI pour le rejet de la Requête au motif qu’elle est manifestement dépourvue de fondement juridique, pour les motifs suivants :

- 2) Claimant does not have independent claims. The Respondent emphasizes that the contracts upon which the Claimant's Request for Arbitration (RfA) is based were not signed by Claimant, but by a separate entity, Lotus Enerji which is not before this Tribunal;
- 3) Lotus Enerji is in bankruptcy proceedings under the control of the Turkish bankruptcy authorities, and Claimant has no authorization from that authority to pursue Lotus Enerji's claims; and
- 4) Claimant did not satisfy the requirements of the BIT or the ECT.

Claimant raises objections with regard to all the grounds. The Tribunal accordingly renders an award in the context of the Respondent's application for summary dismissal of all the Claimant's claims.

The Tribunal starts its analysis with the discussion of ICSID Arbitration Rule 41(5) which provides for a procedure for the summary dismissal of claims at a very early stage in case the respondent shows that "a claim" is "manifestly without legal merit." The effect of such a summary dismissal is that the claim set out in the request for arbitration proceeds no further.

The Tribunal rules that a summary dismissal may happen if there is no point in proceeding with the claim because it cannot succeed, i.e. "no matter what evidence is adduced, there is a fundamental flaw in the way that the claim is formulated that must inevitably lead to its dismissal". The inevitability of dismissal must be manifest. The "manifest" character is described by the Tribunal as an obvious indication in

- 1) les résolutions du conseil d'administration de la Demanderesse n'étaient pas suffisantes pour l'autoriser à poursuivre cet arbitrage ;
- 2) la Demanderesse n'a pas de réclamations indépendantes. La Défenderesse souligne que les contrats sur lesquels se fonde la Requête d'arbitrage de la Demanderesse n'ont pas été signés par elle, mais par Lotus Enerji, une entité distincte, qui n'est pas devant ce Tribunal ;
- 3) Lotus Enerji fait l'objet d'une procédure de mise en faillite sous le contrôle des autorités turques en matière de faillite, et la Demanderesse n'est pas autorisé par cette autorité à poursuivre les réclamations de Lotus Enerji : et
- 4) la Demanderesse n'a pas satisfait aux exigences du TBI ou du TCE.

La Demanderesse soulève des objections concernant tous les motifs. En conséquence, le Tribunal rend une sentence dans le contexte de la Demande de la Défenderesse de rejet sommaire de toutes les réclamations de la Demanderesse. Le Tribunal commence son analyse par l'examen de la règle 41 (5) du Règlement d'arbitrage du CIRDI qui prévoit une procédure pour le rejet sommaire des demandes à un stade très précoce, au cas où le défendeur montrerait qu'une « demande » est « manifestement sans fondement juridique ». L'effet d'un tel rejet sommaire est que la demande présentée dans la requête d'arbitrage ne se poursuit pas.

the submissions of the parties that there is some unavoidable and indisputable fact, or some legal objection in relation to which no possible counter-argument is identified.

The Tribunal emphasizes that the procedure under Rule 41(5) serves the interests of the efficient administration of justice and the interests of both parties in a case (money, time, resources), and must be “practical”.

In response to the Claimant’s argument that there is “an inherent conflict of interest”, since Respondent is a creditor in the bankruptcy process of Lotus Enerji, the Tribunal reasons that it cannot be improper for a party to seek to protect its own interests in the litigation. As to the relevant time for assessing “the claims” for the purposes of the application of Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules, the Tribunal refers to the RfA as the definitive statement of the claim.

The Tribunal notes that the RfA presents claims by Lotus Holding, and explicitly identifies Lotus Holding as the sole “Claimant.” The claims presented are for damages in respect of injuries allegedly caused to Lotus Holding by Respondent. The claims are for monies owed under the five contracts entered into between Lotus Enerji and Turkmen entities, and there is no claim articulated in the RfA that is distinct from those allegations.

The Tribunals’ reasoning is that the nature of a contractual claim cannot be altered merely by describing it in different terms. To suggest that non-payment of sums due under a contract in itself constitutes expropriation, or a breach of MFN or

Le Tribunal estime qu’un rejet sommaire peut avoir lieu s’il est inutile de poursuivre la demande parce qu’elle ne peut réussir, c’est-à-dire que « quelle que soit la preuve produite, il y a une lacune fondamentale dans la formulation de la demande qui doit inévitablement conduire son rejet ». Le caractère inévitable du rejet doit être manifeste. Le caractère « manifeste » est décrit par le Tribunal comme une indication évidente dans les observations des parties qu’il existe un fait incontournable et incontestable, ou une objection juridique à l’égard de laquelle aucun contre-argument possible n’est identifié.

Le Tribunal souligne que la procédure prévue à la règle 41 (5) sert aux intérêts d’une administration efficace de la justice et aux intérêts des deux parties à une affaire (argent, temps, ressources), et qu’elle doit être « pratique ».

En réponse à l’argument de la Demanderesse selon lequel il existe « un conflit d’intérêts inhérent », puisque la Défenderesse est un créancier dans la procédure de mise en faillite de Lotus Enerji, le Tribunal estime qu’il ne peut être inapproprié pour une partie de chercher à protéger ses propres intérêts dans un litige. En ce qui concerne le moment approprié pour évaluer « les demandes » aux fins de l’application de la règle 41 (5) du Règlement d’arbitrage du CIRDI, le Tribunal se réfère à la Requête d’arbitrage comme la saisine définitive de la demande.

Le Tribunal constate que le Requête d’Arbitrage présente les réclamations de Lotus Holding et identifie explicitement Lotus Holding comme le seul « demandeur ». Les réclamations présentées concernent des dommages-intérêts pour les violations

national treatment clauses, does not alter the fact that the claim remains one for non-payment under a contract. While accepting that non-payment can constitute a breach of a treaty standard, the Tribunal stresses that this argument must be properly pleaded out. Otherwise, a respondent cannot know what the allegation made against it is, and a tribunal cannot decide that the matter is within its jurisdiction and is admissible. In the present case, the RfA provides no explanation of why the alleged contractual breaches should, or could, be considered to constitute breaches of the BIT and/or the ECT, and how this affects the Claimant's rights under international law. For example, there is no indication of any facts that might support an allegation – much less, might support a finding – that the non-payment of sums due under the contracts was discriminatory and in breach of the obligation of national treatment.

The Tribunal considers that the Claimant's claims are related to contracts to which it is not a party. Moreover, it has not articulated a claim that the Respondent's dealings with Lotus Enerji have violated rights held by Lotus Holding under the BIT and/or the ECT. The only expectation Claimant could have was to receive some benefits in its capacity as shareholder of Lotus Enerji, from any monies received under those contracts by Lotus Enerji, and this currently subject to any assets left once the Lotus Enerji's creditors have been satisfied.

Stressing the legal separateness of Lotus Holding and Lotus Enerji, the Tribunal rules that the rights and claims to money in this case do not belong to Claimant, but to Lotus Enerji. Even considering that

prétendument causées à Lotus Holding par la Défenderesse. Les réclamations concernent des sommes dues en vertu des cinq contrats conclus entre Lotus Enerji et des entités turkmènes, et aucune réclamation formulée dans la Requête n'est distincte de ces allégations.

Le raisonnement du Tribunal est que la nature d'une réclamation contractuelle ne peut être modifiée simplement en la décrivant en termes différents. Le fait de suggérer que le non-paiement de sommes dues en vertu d'un contrat constitue en soi une expropriation ou une violation des clauses NPF ou de traitement national ne change rien au fait que la demande demeure une réclamation pour non-paiement en vertu d'un contrat. Tout en acceptant que le non-paiement puisse constituer une violation d'une norme de traité, le Tribunal souligne que cet argument doit être correctement invoqué. Sinon, un défendeur ne peut savoir quelle est l'allégation formulée contre lui et un tribunal ne peut pas décider que l'affaire relève de sa compétence et est recevable. Dans la présente affaire, la Requête ne fournit aucune explication sur la raison pour laquelle les violations contractuelles alléguées devraient, ou pourraient, être considérées comme constituant des violations du TBI et/ou du TCE, et comment cela affecte les droits de la Demanderesse en vertu du droit international. Par exemple, rien n'indique que des faits pourraient étayer une allégation - et encore moins étayer une conclusion - selon lesquels le non-paiement des sommes dues au titre des contrats était discriminatoire et contraire à l'obligation de traitement national.

Claimant could have used its control so as to institute proceedings in the name of Lotus Enerji, its control could not transform wrongs done to Lotus Enerji into wrongs done to Claimant itself.

The view of the Tribunal is that Claimant may only bring claims related to breaches of its own rights, and those breaches must be sufficiently identified in the RfA, which is not the case here. Claimant has failed to explain in what way the Respondent's alleged breaches of its contractual commitments towards the Claimant's subsidiary, Lotus Enerji, are connected with the Respondent's alleged breaches of its treaty commitments under the BIT and/or the ECT, and how those treaty breaches caused injury to Claimant. The Tribunal defines the Claimant's submissions in this regard as "conclusory assertions" based on which no State should be obliged to defend a case.

While admitting that the RfA is not a completely rigid delimitation of the claim(s) before a tribunal, Claimant has no right under the ICSID Arbitration Rules to present "additional claims" that are fundamentally different from the primary dispute, and to abandon the primary claims. The Tribunal holds that the RfA in this case sets out a range of claims arising from contractual obligations owed to Lotus Enerji. Any new claims not related to the agreements that Lotus Enerji entered into with Turkmen entities would be beyond the scope of the present proceedings. The Tribunal accordingly decides that the claims in the Claimant's RfA are manifestly without legal merit and are therefore to be summarily dismissed.

The Tribunal also highlights that at the moment the Turkish Bankruptcy Directorate is in control of Lotus

Le Tribunal considère que les réclamations de la Demanderesse sont liées à des contrats auxquels elle n'est pas partie. En outre, elle n'a pas formulé d'allégation selon laquelle les relations de la Défenderesse avec Lotus Enerji ont violé les droits détenus par Lotus Holding en vertu du TBI et/ou de l'TCE. La seule espérance que la Demanderesse pouvait avoir était de recevoir certains avantages en sa qualité d'actionnaire de Lotus Enerji, sur toute somme reçue en vertu de ces contrats par Lotus Enerji, et ceci à condition qu'il y ait d'actif restant une fois que les créanciers de Lotus Enerji ont été satisfaits.

En considérant la séparation juridique de Lotus Holding et de Lotus Enerji, le Tribunal décide que les droits et les réclamations d'argent en l'espèce n'appartiennent pas à la Demanderesse, mais à Lotus Enerji. Même en considérant que la Demanderesse aurait pu utiliser son contrôle pour engager une procédure au nom de Lotus Enerji, son contrôle ne pouvait pas transformer les dégâts causés à Lotus Enerji en des dégâts causés à la Demanderesse elle-même.

Le Tribunal est d'avis que la Demanderesse ne peut introduire que des réclamations liées à des violations de ses propres droits, et ces violations doivent être suffisamment identifiées dans la Requête d'arbitrage, ce qui n'est pas le cas ici. La Demanderesse n'a pas expliqué en quoi les manquements allégués de la Défenderesse à ses engagements contractuels envers Lotus Enerji, la filiale de la Demanderesse, sont liés aux manquements allégués à ses engagements au titre du TBI et / ou du TCE, et comment les violations de ses traités ont provoqué des dégâts à la Demanderesse.

Enerji, which is subject to the bankruptcy process. That process involves the collection of Lotus Enerji's assets and their distribution. Therefore, any sum due to Lotus Enerji would form part of the assets of Lotus Enerji. Claimant has no right to receive any part of those assets outside of the bankruptcy process.

The Tribunal concludes that the dismissal of this case is the result of defects in the Claimant's RfA, and that Respondent has not contributed to those deficiencies. Hence, it decided that Claimant shall pay the Respondent its share of the costs of the proceeding and ninety percent of the Respondent's legal fees and disbursements, which despite being considerably higher than those of the Claimant, are not out of line with those typically incurred in investment arbitrations. The Tribunal grants ten percent discount as it finds that the question of the proper interpretation of Article VII of the BIT (recourse to local remedies prior to commencing arbitration) is not one capable of resolution at this stage of the proceedings.

Le Tribunal définit les exposés de la Demanderesse à cet égard comme des « affirmations concluantes » sur la base desquelles aucun État ne devrait être tenu de défendre une affaire.

Tout en admettant que la Requête d'arbitrage n'est pas une délimitation complètement rigide de la ou des réclamations devant un tribunal, la Demanderesse n'a pas le droit, en vertu du Règlement d'arbitrage du CIRDI, de présenter des « réclamations supplémentaires » qui sont fondamentalement différentes du différend principal, et d'abandonner le différend principal. Le Tribunal estime que la Requête dans cette affaire énonce une série de réclamations découlant des obligations contractuelles dues à Lotus Enerji. Toute nouvelle réclamation non liée aux contrats que Lotus Enerji a conclus avec des entités turkmènes dépasserait le cadre de la présente procédure. En conséquence, le Tribunal décide que les demandes figurant dans la Requête d'arbitrage de la Demanderesse sont manifestement dépourvues de fondement juridique et doivent donc être rejetées sommairement.

Le Tribunal souligne également que la Direction de la faillite turque contrôle actuellement Lotus Enerji, qui fait l'objet d'une procédure de mise en faillite. Ce processus implique la collecte des actifs de Lotus Enerji et leur distribution. Par conséquent, toute somme due à Lotus Enerji ferait partie des actifs de Lotus Enerji. La Demanderesse n'a pas le droit de recevoir une partie de ces actifs en dehors de la procédure de faillite.

Le Tribunal conclut que le rejet de cette affaire résulte de défauts de la Requête d'arbitrage de la

Demanderesse et que la Défenderesse n'a pas contribué à ces défauts. Par conséquent, il décide que la Demanderesse paierait à la Défenderesse sa part des frais de la procédure et quatre-vingt-dix pour cent des honoraires et déboursement de la Défenderesse, qui, bien qu'ils soient considérablement plus élevés que ceux de la Demanderesse, ne sont pas en décalage avec ceux généralement encourus en arbitrages d'investissement. Le Tribunal accorde une réduction de dix pour cent car il estime que la question de la bonne interprétation de l'article VII du TBI (recours internes avant le commencement d'arbitrage) n'est pas susceptible d'être résolue à ce stade de la procédure.

ICSID, *TECO Guatemala Holdings, LLC v. Republic of Guatemala*, ICSID Case No. ARB/10/23, 13 May 2020, Award

Contributed by Corneliu Doni

This is the second arbitration case of *TECO v. Guatemala* on the same dispute. The case relates to *TECO's* investment in an electricity distribution company, *EEGSA* in 1998. According to the electricity law of Guatemala the tariffs for distribution of electricity had to be revised once in 5 years. In 2008 the energy regulator and *EEGSA* disagreed on the tariff which led to the first arbitration. In 2010, *TECO* sold its investments from Guatemala. The *TECO I* tribunal awarded the historical damages for 2008-2010 and rejected the claim related to the loss of value of shares in *EEGSA* for the reduced cash flow for 2010-2013. The *ad hoc* committee annulled the parts of the award related to loss of value damages and interest for the period of the sale as well as tribunal's ruling on costs. Following it, *TECO* made use of art. 52(6) of

CIRDI, *TECO Guatemala Holdings, LLC c. République du Guatemala*, Affaire CIRDI no. ARB/10/23, 13 mai 2020, Sentence

Contribution de Corneliu Doni

C'est le second arbitrage opposant *TECO* et le *Guatemala* sur le même litige. L'affaire concerne l'investissement de *TECO* dans une société de distribution d'électricité, *EEGSA*, en 1998. Selon la loi guatémaltèque sur l'électricité, les tarifs de distribution d'électricité devaient être révisés une fois tous les cinq ans. En 2008, le régulateur de l'énergie et l'*EEGSA* ont eu un désaccord sur le tarif, ce qui a conduit au premier arbitrage. En 2010, *TECO* a vendu ses investissements du *Guatemala*. Le tribunal *TECO I* a accordé des dommages-intérêts historiques pour 2008-2010 et a rejeté la demande relative à la perte de valeur des actions d'*EEGSA* pour la réduction du flux de trésorerie pour 2010-2013. Le comité *ad hoc* du CIRDI a annulé les parties de la sentence relatives aux dommages et intérêts pour perte de valeur et aux

ICSID Convention which allows resubmission of claims if the award is annulled.

The second tribunal was asked to decide on the claims for which the first award was partially annulled. Claimant contended that *res judicata* is applicable to the *ratio decidendi* of the *TECO I* tribunal, thus covering the valuation methods of the first tribunal. Respondent on the contrary argued that *res judicata* is applicable only to the operative parts of the award.

Tribunal embraces Claimant's position on the applicability of *res judicata*. However, it finds that the analysis of *TECO I* tribunal for calculation of historical damages does not apply for the loss of value since these are two different claims, even though they have the same cause and same character. Tribunal, nevertheless, applies the same methodology as the first tribunal in calculating the loss of value damages.

The tribunal refuses to award damages for the period following 2013 as it would presume a recidivism on behalf of Guatemala. A member of the tribunal disagrees with this approach and considers that post-2013 loss of value damages should be considered.

On the issue of calculation of pre-sale interest rate, the *TECO I* tribunal considered two different rates: US Prime Rate +2% and a risk-free rate. The tribunal finds that due to inconsistency of the first tribunal's findings, it cannot have a *res judicata* effect and decides to apply a commercial rate.

intérêts pour la période de la vente ainsi que la décision du tribunal sur les coûts. Suite à cela, *TECO* a fait usage de l'art. 52(6) de la Convention CIRDI qui permet de soumettre à nouveau les demandes si la sentence est annulée.

Il était demandé au deuxième tribunal de statuer sur les demandes pour lesquelles la première sentence a été partiellement annulée. Le demandeur a fait valoir que le principe de *res judicata* est applicable à la *ratio decidendi* du tribunal *TECO I*, couvrant ainsi les méthodes d'évaluation utilisée par le premier tribunal. Le défendeur a, au contraire, fait valoir que le *res judicata* n'est applicable qu'au dispositif de la sentence.

Le tribunal fait sienne la position du demandeur sur l'applicabilité du principe *res judicata*. Toutefois, il estime que l'analyse du tribunal *TECO I* pour le calcul des dommages ne s'applique pas à la perte de valeur puisqu'il s'agit de deux demandes différentes, même si elles ont la même cause et le même caractère. Le tribunal applique néanmoins la même méthodologie que le premier tribunal pour le calcul des dommages-intérêts pour perte de valeur.

Le tribunal refuse d'accorder des dommages et intérêts pour la période postérieure à 2013 car il présumerait une récidive au nom du Guatemala. Un membre du tribunal n'est pas d'accord avec cette approche et considère que les dommages-intérêts pour perte de valeur après 2013 devraient être pris en compte.

Sur la question du calcul du taux d'intérêt avant la vente, le tribunal *TECO I* a considéré deux taux différents : le taux préférentiel américain +2% et un taux sans risque. Le tribunal estime qu'en raison de l'incohérence des conclusions du premier tribunal, il

ne peut avoir d'effet *res judicata* et décide d'appliquer un taux commercial.

NEWS

ACTUALITES

5 May 2020 – European Union Member States sign an agreement to terminate the intra-EU bilateral investment treaties

Contributed by Corneliu Doni

On 6 March 2018, The Grand Chamber of Court of Justice found in the *Achmea* case that the investor-State arbitration clauses from the intra-EU BITs are incompatible with the Treaty on the Functioning of the European Union. Following this landmark decision, the EU Member States and the EU Commission, acting as *amicus curiae* in the intra-EU investor-State arbitration, unsuccessfully argued that the tribunals do not have jurisdiction to hear such cases. Following the opposition from the arbitration community, on 15 January 2019, the Governments of the 28 EU member States issued a Declaration on the legal consequences of the judgment of the Court of Justice in *Achmea* and on investment protection in the European Union. All the Governments declared their intention to terminate all the intra-EU BITs by 6 December 2019. The Declaration had no persuasive effect on the arbitrators in the pending cases, while the States failed in terminating all their intra-EU BITs.

That is why, on 5 May 2020, 23 EU member States signed a treaty for express termination of all the BITs between them. The treaty was not signed by Sweden, Finland, Austria and Finland. According to the text of

5 mai 2020 – Les États membres de l'Union européenne signent un accord pour mettre fin aux accords bilatéraux d'investissement intracommunautaires

Contribution de Corneliu Doni

Le 6 mars 2018, la Grande Chambre de la Cour de justice a estimé dans l'affaire *Achmea* que les clauses d'arbitrage entre investisseurs et États contenues dans les TBI intracommunautaires étaient incompatibles avec le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. À la suite de cette décision historique, les États membres de l'UE et la Commission européenne, agissant en qualité d'*amicus curiae* dans les arbitrages entre investisseurs et États, ont fait valoir sans succès que les tribunaux n'étaient pas compétents pour connaître de ces affaires. Suite à l'opposition affichée par la communauté arbitrale, le 15 janvier 2019, les gouvernements des 28 États membres de l'UE ont publié une déclaration sur les conséquences juridiques de l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire *Achmea* et sur la protection des investissements dans l'Union européenne. Les gouvernements ont déclaré leur intention de mettre fin à tous les accords bilatéraux d'investissement intracommunautaires d'ici le 6 décembre 2019. La déclaration n'a pas eu d'effet persuasif sur les tribunaux arbitraux dans les affaires en cours, tandis que les États n'ont pas réussi à résilier tous leurs TBI intracommunautaires.

the treaty, all the arbitral proceedings which were still pending or initiated after the *Achmea* judgment lack jurisdiction.

The drafters of the treaty pursued for it to have a retroactive effect. On the other hand, many of these BITs contain clauses for their application for a period even after their termination. It is not clear yet what will be the result of this treaty on the future awards. However, there is still a probability for them to be enforced in non-EU member States (like enforcement of *Eiser Infrastructure v Spain* award in Australia).

The treaty proposes as alternative for the pending disputes to be solved by structured dialogue between the parties, managed by impartial facilitator. It shall be appointed by the parties, while in case of disagreement, the appointing authority is a former Member of the Court of Justice of the European Union nominated by the DGLS of the European Commission. The second alternative for the investor is the national courts, and for this purpose, the treaty waves the domestic limitation period.

C'est pourquoi, le 5 mai 2020, 23 États membres de l'UE ont signé un traité pour la résiliation expresse de tous les TBI conclus entre eux. Ce traité n'a pas été signé par la Suède, la Finlande et l'Autriche. Selon le texte du traité, tous les tribunaux arbitraux constitués dans des procédures d'arbitrage en cours ou initiées après l'arrêt *Achmea* sont incompétents.

Les rédacteurs du traité ont cherché à lui donner un effet rétroactif. D'autre part, nombre de ces TBI contiennent des clauses prévoyant leur application pendant une certaine période, même après leur expiration. On ne sait pas encore clairement quel sera le résultat de ce traité sur les futures sentences. Toutefois, il est encore probable qu'ils soient exécutés dans des États non-membres de l'UE (comme l'exécution de la sentence *Eiser Infrastructure* contre l'Espagne en Australie).

Le traité propose comme alternative pour les litiges en cours d'être résolus par un dialogue structuré entre les parties, géré par un médiateur impartial. Il est nommé par les parties, tandis qu'en cas de désaccord, l'autorité de nomination est un ancien membre de la Cour de justice de l'Union européenne nommé par la DGLS de la Commission européenne. La deuxième alternative pour l'investisseur est de saisir les tribunaux nationaux, et à cette fin, le traité prévoit une vague de délai de prescription interne.

19 May 2020 – The LCIA publishes its Annual Casework Report for 2019

Contributed by Alice Claviere-Schiele

According to the Annual Casework Report, the LCIA filed a record number of 406 cases, including 346

19 mai 2020 – La LCIA publie son rapport annuel pour 2019

Contribution de Alice Claviere-Schiele

Selon le rapport annuel, la LCIA a enregistré un nombre record de 406 arbitrages, dont 346 soumis au

arbitrations pursuant to the LCIA Rules (85%), the highest number ever received.

The LCIA's caseload is dominated by three industry sectors, namely "Banking and Finance" (32%), "Energy and Resources" (22%) and "Transport of Commodities" (15%). Other industries are also mentioned, such as "Construction and Infrastructure" (5%), "Insurance" (5%) and "Professional Services" (5%), "Telecommunication" (3%) or "Property and Real Estate" (2%).

The four most common agreement types seen in arbitrations administered were loan or other facility agreements (30% of all agreements), services agreements (19%), sales of goods agreements (18%), and shareholders' agreements, share purchase agreements and joint venture agreements (14%).

England remained the most frequently chosen arbitral seat (307 cases, i.e. 89%) and English law remained the most frequently chosen law (281 cases, i.e. 81%). 2019 saw a rise in the number of disputes governed by Mexican law and seated in Mexico (both 10 cases, i.e. 3%).

Regarding gender diversity, the overall number of female arbitrator appointments increased from 23% in 2018 to 29% in 2019. The LCIA emphasizes that 48% of all arbitrators selected by the LCIA were female arbitrators.

Règlement LCIA (soit 85%), le nombre le plus élevé jamais enregistré.

Trois secteurs industriels dominant, à savoir « Banque et Finance » (32% des arbitrages), « Énergie et Ressources » (22%) et « Transport de marchandises » (15%). D'autres secteurs sont également mentionnés, comme « Construction et infrastructures » (5%), « Assurance » (5%) et « Services professionnels » (5%), « Télécommunications » (3%) ou « Propriété et immobilier » (2%).

Les quatre types d'accords les plus fréquemment rencontrés sont les accords de prêts ou autres facilités (30% de l'ensemble des accords), les accords de services (19%), les ventes de biens (18%), et les conventions d'actionnaires, accords d'achat d'actions et accords de *joint-venture* (14%).

L'Angleterre reste le siège le plus fréquemment choisi (307 arbitrages, soit 89%) ainsi que le droit anglais comme droit applicable au litige (281 cas, soit 81%). 2019 a vu une augmentation du nombre de litiges régis par le droit mexicain et ayant pour siège le Mexique (10 arbitrages, soit 3%).

En matière de diversité, le nombre global de nominations d'arbitres féminins est passé de 23% en 2018 à 29% en 2019. La LCIA souligne que 48% de tous les arbitres sélectionnés par la LCIA étaient des femmes.

PBA EXPERIENCE

INTERVIEW WITH AN
ARBITRATION PRACTITIONERENTRETIEN AVEC UN
PROFESSIONNEL EN ARBITRAGE

INTERVIEW OF ALEXANDER LEVENTHAL, ASSOCIATE AT QUINN EMANUEL

Interview taken by Alice Claviere-Schiele

Interview réalisée Alice Claviere-Schiele

1. Hi Alexander, would you mind recalling us briefly your background?

My background is “typical” of most international arbitration practitioners in that it is atypical and international. I completed my studies in the US (where I am originally from) at Harvard University and the University of Pennsylvania (Penn). I majored in Near Eastern Languages and Civilizations and Economics and studied Arabic and Portuguese at Harvard and obtained a JD from Penn. For the last year of my law studies at Penn, I pursued a Master (in parallel with the JD) at Sciences Po in the *Droit et Globalisation Economique* Master program. It was here that I discovered



international arbitration – and, as they say, the rest is history. After graduating in 2011, I joined Jones Day’s Paris international arbitration team and, in 2015, I left Jones Day to join Quinn Emanuel.

1. Bonjour Alexander, peux-tu nous rappeler brièvement ton parcours ?

Mon parcours est « typique » de la plupart des praticiens en arbitrage international en ce qu’il est atypique et international. J’ai fait mes études aux États-Unis (d’où je suis originaire) à l’université de Harvard et à l’université de Pennsylvanie (Penn). Je me suis spécialisé dans les langues et civilisations du Proche-Orient et l’économie, j’ai étudié l’arabe et le portugais à Harvard et j’ai obtenu un JD à l’université de Pennsylvanie. Pendant la dernière année de mes études de droit à Penn, j’ai suivi un Master (en parallèle avec le JD) à Sciences Po dans

le cadre du programme de Master Droit et Globalisation Économique. C'est là que j'ai découvert l'arbitrage international - et, comme on dit, *the rest is history*. Après avoir obtenu mon diplôme en 2011, j'ai rejoint l'équipe d'arbitrage international de Jones Day à Paris et, en 2015, j'ai quitté Jones Day pour rejoindre Quinn Emanuel.

2. You are CIArb YMG's Global Steering Committee Member for France, can you explain what is CIArb YMG and what is your role as a Steering Committee Member?

CIArb YMG is the young practitioners' wing of CIArb (the Chartered Institute of Arbitrators). While I don't profess to be independent or impartial on this subject, I do believe that CIArb YMG is a unique group for young arbitration practitioners because it offers training resources as well as events and networking opportunities.

The Global Steering Committee includes members from CIArb branches throughout the world and is led by Athina Fouchard-Papaefstratiou of Eversheds. It coordinates events and other activities carried out by the group and YMG members (including our annual meeting).

In Paris, Athina and I have also sought to foster a local CIArb YMG community and have organized regular morning discussions and events (including our Year in Review event in January, which we have held for 2 years now).

2. Tu es membre du comité de pilotage pour la France au sein du CIArb YMG, peux-tu nous expliquer ce qu'est le CIArb et quel est ton rôle en tant que membre du comité ?

CIArb YMG est la branche du CIArb (le Chartered Institute of Arbitrators) pour les jeunes praticiens. Je ne prétends pas être indépendant ou impartial sur le sujet, mais je pense que le CIArb YMG est un groupe unique pour les jeunes praticiens en arbitrage car il offre des ressources de formation ainsi que la possibilité d'assister à des événements et de créer un réseau.

Le Global Steering Committee est constitué de membres venant de toutes les branches du CIArb, dans le monde entier, et est dirigé par Athina Fouchard-Papaefstratiou, qui travaille chez Eversheds. Il coordonne les événements et les autres activités menées par le groupe et les membres de YMG (y compris notre réunion annuelle).

A Paris, Athina et moi avons également cherché à encourager une communauté locale pour le CIArb YMG et organisons régulièrement des discussions et des événements en matinée (comme notre événement Year in Review, que nous organisons depuis 2 ans maintenant).

3. You have just been appointed as Young Lawyer Liaison Officer for the Mediation Committee of the International Bar Association.

3. Tu viens également d'être nommé « Young Lawyer Liaison Officer » pour le Mediation Committee de l'International Bar Association. En

How can mediation be an interesting alternative to arbitration?

With the signing of the Singapore Convention just last year, the IBA's Mediation Committee has a crucial role to play in creating uniform standards and guidelines for mediation on an international level.

I don't consider mediation an alternative to arbitration, but a complement. Parties go to mediation because they want an agreed solution and believe that such a solution is possible. Parties go to arbitration because they don't think an agreed solution is possible and want a third party to make a final decision. During the course of the dispute, the mindset of the parties may change. For example, after parties have seen the arguments and evidence of the other side, they may decide that a mediated solution is possible. I think there is more that institutions and neutrals (arbitrators and mediators) can do to allow parties to seamlessly move in between these two modes of alternative dispute resolution.

quoi la médiation peut-elle être une alternative intéressante en comparaison avec l'arbitrage ?

En conséquence de la signature de la Convention de Singapour l'année dernière, le Comité de médiation de l'IBA a un rôle crucial à jouer dans la création de normes et de directives uniformes pour la médiation au niveau international.

Je ne considère pas la médiation comme une alternative à l'arbitrage, mais comme un complément. Les parties vont en médiation parce qu'elles veulent une solution consensuelle et pensent qu'une telle solution est possible. Les parties vont en arbitrage parce qu'elles ne pensent pas qu'une solution consensuelle soit possible et veulent qu'une tierce partie prenne une décision finale. Au cours du litige, l'état d'esprit des parties peut changer. Par exemple, après avoir pris connaissance des arguments et des preuves de l'autre partie, elles peuvent décider qu'une solution de médiation est possible. Je pense que les institutions et les personnes neutres (arbitres et médiateurs) peuvent faire davantage pour permettre aux parties de passer sans heurts d'un mode de règlement alternatif des litiges à l'autre.

4. We are currently going through an unprecedented global situation. Do you think this will have an impact on disputes submitted to international arbitration? Do you think that the ways of working as a lawyer will change, and if so how?

The COVID-19 crisis will most certainly have an impact on the disputes being submitted to international arbitration. It is laying waste to entire

4. Nous traversons actuellement une situation mondiale inédite. Penses-tu que cela aura un impact sur les litiges soumis à l'arbitrage international ? Penses-tu que les manières de travailler en tant qu'avocat vont évoluer, et si oui comment ?

La crise liée au COVID-19 aura très certainement un impact sur les litiges soumis à l'arbitrage international. Elle a dévasté des secteurs entiers de l'économie et

sectors of the economy and drastically upending assumptions that commercial parties have made in entering into commercial relationships (not to mention State measures that have the potential to breach treaties). We may not be able to measure the full extent of this upheaval right now (as I suspect that parties are still waiting to see how the situation plays out before going to the next level), but the effects will be with us for some time.

The current crisis has forced us to use tools that have been available to us for some time to do things we have always been doing, but differently. I do expect that the use of these new tools will persist in international arbitration. I expect to see more virtual hearings – particularly, where there are few (if any) witnesses and experts – as well as more virtual meetings and webinars (as opposed to in-person meetings and conferences).

bouleverse radicalement les prévisions que les parties ont formulées en nouant des relations commerciales (sans parler des mesures étatiques susceptibles de violer les traités). Nous ne pouvons peut-être pas mesurer toute l'ampleur de ce bouleversement à l'heure actuelle (car je soupçonne que les parties attendent encore de voir comment la situation évolue avant de passer au niveau suivant), mais les effets seront là pendant un certain temps.

La crise actuelle nous a obligés à utiliser des outils dont nous disposions depuis un certain temps pour faire des choses que nous avons toujours faites, mais différemment. Je pense que l'utilisation de ces nouveaux outils persistera dans l'arbitrage international. Je m'attends à voir davantage d'audiences virtuelles - en particulier, lorsqu'il y a peu (voire pas du tout) de témoins et d'experts - ainsi que davantage de réunions et de webinaires virtuels (par opposition aux réunions et conférences en personne).

5. Do you have any tips for young people who want to start their career in international arbitration?

I have three tips for young lawyers seeking a career in international arbitration:

- 1) **Be passionate:** Being an international arbitration lawyer is (in my humble view) the greatest job there is. Love what you do. Even the most menial task has great value.
- 2) **Be persistent:** Breaking into the world of arbitration won't be easy and the path to success will be strewn with many failures. But don't give up. Fate rewards the bold.

5. As-tu des conseils pour les jeunes qui souhaitent débiter une carrière en arbitrage international ?

J'ai trois conseils pour les jeunes avocats souhaitant faire carrière dans l'arbitrage international :

- 1) **Soyez passionnés :** être un avocat spécialisé dans l'arbitrage international est (à mon humble avis) le meilleur métier qui soit. Aimez ce que vous faites. Même la plus petite tâche a une grande importance.
- 2) **Soyez persévérants :** il ne sera pas facile de pénétrer dans le monde de l'arbitrage et le chemin du succès sera parsemé de nombreux

- 3) **Find your niche(s):** Find a particular aspect (or aspects) of international arbitration and own it. It may be investment arbitration or a specific type of commercial arbitration disputes or a specific procedural aspect or regional/national expertise. Whatever it is, make sure you have something that helps you to stand out.

échecs. Mais n'abandonnez pas. Le destin récompense les audacieux.

- 3) **Trouvez votre (vos) niche(s) :** Trouvez un (ou plusieurs) aspect(s) particulier(s) de l'arbitrage international et appropriiez-le-vous. Il peut s'agir de l'arbitrage d'investissement ou d'un type particulier de litiges commerciaux, ou encore d'un aspect procédural particulier ou d'une expertise régionale/nationale. Quoi qu'il en soit, assurez-vous d'avoir quelque chose qui vous aide à vous démarquer.