



Faire valoir les droits de propriété intellectuelle dans l'arbitrage investisseur-État: De l'emballage neutre à la révocation de brevets par henning grosse ruse-khan



7

TRANSATLANTIC TRADE
AND
INVESTMENT PARTNERSHIP



9



Conformément à quelles lois de l'État d'accueil ? Restaurer la « défense » fondée sur la légalité des actions de l'investisseur dans l'arbitrage en matière d'investissement
par Jarrod Hepburn

Qui a peur de l'arbitrage investisseur-État ? Une explication de l'énigme « pas de droits plus importants » dans le PTCI
par Jan Kleinheisterkamp

Les nouvelles mesures d'investissement extérieur de la Chine : vers une mondialisation durable ?
par Joe Zhang

Une réunion multipartite de la CNUCED cherche à réformer les traités d'investissement et le règlement des différends relatifs aux investissements
par James Zhan et Diana Rosert

Egalement dans cette édition: Les actionnaires de Yukos reçoivent des dommages et intérêts record dans deux procédures distinctes contre la Russie; Arrêt de la CEDH sur la satisfaction équitable

tables des matières

- 3 **Articles**
Faire valoir les droits de propriété intellectuelle dans l'arbitrage investisseur-État: De l'emballage neutre à la révocation de brevets
Henning Grosse Ruse-Khan
- 7 Conformément à quelles lois de l'État d'accueil ? Restaurer la « défense » fondée sur la légalité des actions de l'investisseur dans l'arbitrage en matière d'investissement
Jarrod Hepburn
- 9 Qui a peur de l'arbitrage investisseur-État ? Une explication de l'énigme « pas de droits plus importants » dans le PTCl
Jan Kleinheisterkamp
- 11 Les nouvelles mesures d'investissement extérieur de la Chine : vers une mondialisation durable ?
Joe Zhang
- 13 Une réunion multipartite de la CNUCED cherche à réformer les traités d'investissement et le règlement des différends relatifs aux investissements
James Zhan et Diana Rosert
- 15 **Nouvelles en bref:** Les nouveaux Commissaires européens suggèrent de ne pas inclure le RDIE dans le PTCl; Certains gouvernements européens s'opposent à l'inclusion du RDIE dans l'AECG, malgré les négociations récemment parachevées
- 16 **Sentences et décisions:** Les actionnaires de Yukos reçoivent des dommages et intérêts record dans deux procédures distinctes contre la Russie; Arrêt de la CEDH sur la satisfaction équitable
- 23 **Ressources et évènements**

Investment Treaty News Quaterly est publié par
The International Institute for Sustainable Development
International Environment House 2,
Chemin de Balexert, 5th Floor
1219, Chatelaine, Geneva, Switzerland

Tel +41 22 917-8748
Fax +41 22 917-8054
Email itn@iisd.org

Directeur et Représentant Européen, Section Commerce et Investissement de l'IIDD
Mark Halle

Responsable du Programme Investissements étrangers au service du Développement Durable
Nathalie Bernasconi

Rédacteur en chef
Damon Vis-Dunbar

Rédacteur, Version française
Suzy H. Nikiéma

Traduction française
Isabelle Guinebault

Rédacteur, Version espagnole
Marina Ruete

Traduction Espagnole
Maria Candeli Conforti

Design:
The House London Ltd.
Web: www.thehouselondon.com

L'entreprise affirme que l'emballage neutre fait des produits du tabac une marchandise quelconque, l'empêche de distinguer ses produits de ceux des marques concurrentes, et réduit donc largement la valeur de ses investissements en Australie. L'un de ses principaux arguments est que l'Australie viole le TBI puisque l'emballage neutre viole les lois internationales sur les marques de commerce de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle (CP) et l'Accord de l'OMC sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC). S'appuyant principalement sur la norme de traitement juste et équitable (TJE), PMA invoque une « attente légitime de voir l'Australie respecter ses obligations au titre des traités commerciaux internationaux », notamment l'Accord ADPIC et la CP⁴. PMA avance également que la clause parapluie contenue dans le TBI Hong-Kong-Australie exige de l'Australie qu'elle respecte « les obligations internationales contraignantes pour l'État d'accueil qui affectent la manière dont la propriété est traitée en Australie », obligation contractée vis-à-vis des investissements d'investisseurs étrangers protégés⁵. Selon PMA, ces obligations incluent celles découlant des traités internationaux relatifs à la PI, tels que l'Accord ADPIC et la CP⁶.

Comme mentionné plus haut, un autre différend en matière d'investissement relatif à la PI concerne l'entreprise pharmaceutique Eli Lilly basée aux États-Unis, qui a lancé en novembre 2012 une procédure d'arbitrage investisseur-État contre le Canada au titre du chapitre 11 de l'ALENA, suite à l'invalidation par les tribunaux du pays de certains de ses brevets pharmaceutiques⁷. Le différend repose sur la « doctrine de la promesse », selon laquelle les tribunaux canadiens considèrent que les effets utiles de l'invention décrits dans la demande de brevet sont acquis et que le déposant est responsable du respect de cette « promesse » d'utilité. S'il est par la suite prouvé que l'invention brevetée ne respecte pas une promesse que le tribunal aurait déduit de la demande de brevet, ce dernier peut être révoqué. Eli Lilly se plaint du fait que les strictes prescriptions en matière de brevetabilité de cette doctrine, telle qu'appliquée par les tribunaux canadiens depuis 2005, violent les obligations internationales du Canada au titre de l'ALENA, de l'Accord ADPIC et du Traité de coopération en matière de brevet (TCB). Et selon Eli Lilly, cela violerait donc le chapitre de l'ALENA sur l'investissement puisque « le Canada a une obligation positive de s'assurer que sa législation respecte l'ALENA et le TCB, ce qui est conforme aux attentes raisonnables de l'investisseur »⁸.

Tout comme dans le différend portant sur l'emballage neutre, l'investisseur s'appuie sur la norme du TJE (ainsi que sur l'expropriation en l'espèce) pour invoquer une attente légitime selon laquelle l'État d'accueil devrait respecter les normes internationales en matière de PI. Cependant, dans l'affaire *Lilly c. le Canada*, une disposition spécifique de l'ALENA préserve les flexibilités contenues dans le droit international de la PI en garantissant que la norme relative à l'expropriation ne s'applique pas à certaines limites de la PI, telles que les

licences obligatoires ou la révocation des DPI, tant que ces limites sont conformes aux règles internationales en matière de PI⁹. Cette disposition, également présente dans d'autres TBI, explique pourquoi Eli Lilly insiste tant sur la violation de ces règles : à moins qu'elle n'arrive à démontrer que les mesures du Canada violent le droit international de la PI, dans les faits Eli Lilly ne pourra pas faire valoir l'un de ses principaux arguments, à savoir les effets juridiques et économiques néfastes qu'aurait la révocation de ses brevets sur ses brevets et leur exploitation. Afin de garder la porte ouverte à ces arguments sur l'expropriation, Eli Lilly doit d'abord démontrer que le Canada a violé ses obligations en matière de propriété intellectuelle. Par rapport aux clauses parapluie et à celles relatives au TJE, ces clauses de sauvegarde servent donc à conserver la possibilité de contester le respect du droit international de la PI dans les arbitrages investisseur-État. Comme nous l'expliquons plus avant, les clauses de la Nation la plus favorisée (NPF) contenues dans les TBI pourraient également être interprétées comme couvrant la protection de la PI accordée par l'Accord ADPIC ou par d'autres traités sur la PI, celle-ci étant alors « le traitement le plus favorable » dû par l'État d'accueil à un investisseur. Bien qu'elles n'aient pour le moment pas été invoquées dans les affaires actuelles, les clauses NPF pourraient donc offrir aux investisseurs un autre moyen d'invoquer les obligations internationales relatives à la PI entre les États.

Quel est le rôle approprié pour les règles internationales relatives à la PI dans l'arbitrage investisseur-État ?

La version complète du présent article décrit dans le détail les quatre options qu'ont les détenteurs de droits pour faire valoir les normes internationales en matière de PI dans l'arbitrage investisseur-État. Trois d'entre elles se basent sur une interprétation large d'éléments traditionnels des régimes de protection de l'investissement, tels que les attentes légitimes au titre des dispositions du TJE et sur l'expropriation, les clauses parapluie et le principe NPF. Cependant, aucune de ces options ne présente de chances de succès. S'il est difficile de généraliser dans l'arbitrage investisseur-État, l'analyse de ces deux affaires de l'emballage neutre en Australie et de la révocation des brevets au Canada révèle d'importants obstacles pour les investisseurs :

(1) Dans la mesure où l'on accepte que les attentes légitimes fassent partie des normes de TJE ou sur l'expropriation, l'octroi d'un *DPI national* par l'État d'accueil ne permet pas en soi à l'investisseur d'attendre légitimement que son droit ne sera pas soumis aux mesures communément utilisées pour limiter l'exclusivité de la PI (comme les licences obligatoires ou les possibilités de révoquer les brevets).

(2) En laissant de côté les questions juridictionnelles liées à la compétence exclusive du système de règlement des différends de l'OMC pour juger des violations de l'Accord ADPIC, un investisseur peut attendre d'un État d'accueil qu'il respecte *les règles internationales en matière de PI* si celles-ci

- a) sont directement applicables dans la législation nationale ;
- b) sont suffisamment concrètes pour être appliquées par les institutions nationales ; et
- c) donnent à l'investisseur des droits individuels.

Compte tenu de ces critères, il semble peu probable que les détenteurs de droits puissent invoquer la plupart des normes internationales en matière de PI dans le cadre d'un différend portant sur un investissement.

(3) Même si elles sont élaborées de manière très large et si elles ne sont pas limitées à des engagements spécifiques pris par les États d'accueil, les clauses parapluie n'ont pour le moment pas été interprétées comme couvrant également les obligations que l'État d'accueil a contractées vis-à-vis d'autres États au titre du droit international. Ni l'intention des États parties aux AII, ni le principe *pacta sunt servanda* sous-jacent des clauses parapluie ne soutiennent une application qui permettrait aux détenteurs de droits d'invoquer de telles clauses pour avancer une violation des traités internationaux en matière de PI dans un arbitrage investisseur-État.

(4) Finalement, les règles NPF contenues dans les AII ne peuvent pas non plus être appliquées pour inclure la protection de la PI au titre de l'Accord ADPIC ou d'autres traités internationaux relatifs à la PI comme une forme de « traitement le plus favorable » octroyé aux investisseurs étrangers. Conformément au principe *ejusdem generis*, les différences en termes de sujet et de normes de protection entre le droit de la PI et le droit des investissements vont à l'encontre de l'inclusion de protections internationales spécifiques de la PI par le recours à la clause NPF d'un AII. La formulation des clauses NPF des affaires sur l'emballage neutre et sur la révocation des brevets le confirme.

Aussi, et cela est tout à fait ironique, la voie la plus prometteuse permettant aux détenteurs de droits d'invoquer les normes internationales relatives à la PI dans les différends en matière d'investissements se base sur des dispositions préservant les flexibilités du système international de PI. Comme le montre la plainte d'Eli Lilly contre les violations par le Canada de l'Accord ADPIC, de l'ALENA et du TCB, ces « clauses de sauvegarde » (comme l'article 1110:7 de l'ALENA dans *Lilly c. Canada*) ont pour conséquence de tester la compatibilité avec les normes internationales de PI dans les arbitrages investisseur-État. Dans le contexte de l'Accord ADPIC, cela remet en question la légitimité et l'acceptation de toute décision portant sur le respect de l'Accord ADPIC rendue par des tribunaux d'arbitrage en matière d'investissement, compte tenu de la compétence concurrente du système de règlement des différends de l'OMC. Si une telle clause de sauvegarde existait dans le TBI Hong-Kong-Australie, les arbitres de l'affaire sur l'emballage neutre devraient-ils assujettir leur décision

portant sur le respect par l'Australie de l'Accord ADPIC aux conclusions du Groupe spécial de l'OMC chargé de l'affaire ? Les arbitres statuant sur des différends en matière d'investissement devraient-ils attendre que l'Organe d'appel de l'OMC ait rendu sa décision finale sur la question, ou devraient-ils totalement s'abstenir de trancher les questions de respect de l'Accord ADPIC ? Que se passera-t-il si par ailleurs, les arbitres de l'affaire relative à la révocation des brevets concluent qu'il y a violation (ou non) du chapitre sur la PI de l'ALENA ou des normes de brevetabilité équivalente de l'Accord ADPIC ? Une telle conclusion affecterait-elle les différends à venir de l'OMC ou de l'ALENA lancés par les États-Unis contre le Canada par exemple ? Il n'existe probablement pas de précédent contraignant, mais il paraît difficile d'imaginer qu'une décision prise par l'un des systèmes n'affecte pas l'autre forum.

D'un autre côté, le cadre institutionnel et normatif dans lequel un différend est tranché a son importance. Par rapport aux questions de l'expertise thématique et du soutien du secrétariat, les différences dans l'octroi de la charge de la preuve et dans la détermination de l'environnement normatif approprié pour l'interprétation et l'application des dispositions de PI entraîneront probablement des conclusions distinctes. Lorsque le traité sur la PI ne dispose pas de son propre système de règlement des différends, les décisions sur les questions de PI ont de facto une nature à créer des précédents. Mais la conclusion devrait-elle réellement dépendre du forum qui prend la décision ?

La réelle difficulté pour les gouvernements consiste à déterminer les alternatives aux clauses sauvegardant les flexibilités de l'Accord ADPIC. Dans un premier temps, l'on pourrait préciser que la non-conformité avec l'Accord ADPIC ne suffit pas à établir l'expropriation. L'on pourrait aller encore plus loin, et remplacer ce test par un autre mettant l'accent sur les normes traditionnelles de l'investissement, telles que le déni de justice ou l'abus de droit¹⁰. Ce dernier permettrait d'éviter les problèmes liés aux décisions concurrentes portant sur le même ensemble de règles internationales. Cela n'empêcherait toutefois pas les arbitres d'apprécier les règles internationales de la PI sur la base des règles de droit applicable dans les AII, de la *lex arbitri* ou des doctrines générales du droit international. Même si elles ne sont pas directement applicables, les dispositions de l'Accord ADPIC et d'autres normes internationales sur la PI peuvent servir de principes d'interprétation pertinents, notamment au titre de l'article 31.3 (c) de la CVDT qui autorise la prise en compte des règles pertinentes du droit international, en tant que règle coutumière d'interprétation des traités : dès que les deux parties à un AII sont membres de l'OMC, de l'Union de Paris ou de Berne, les dispositions de ces traités, qui concernent spécifiquement la mesure d'un État d'accueil affectant les DPI comme les investissements protégés, peuvent être considérées comme « des règles pertinentes du droit international applicables aux relations entre les parties ». En tant que forme de *lex specialis* pour la protection des investissements relatifs aux DPI, les normes internationales de la PI peuvent affecter l'interprétation des normes de l'investissement.

Conclusion

J'avance qu'aucune des trois possibilités d'utiliser des interprétations larges des normes traditionnelles de l'investissement, comme le TJE et l'expropriation, les clauses parapluie et NPF, ne sauraient permettre l'invocation des obligations internationales en matière de PI dans l'arbitrage investisseur-État. Après tout, ces obligations convenues entre États ne sont dues qu'aux États, et non pas aux parties privées, même si elles jouissent de protections internationales spécifiques en tant qu'investisseurs étrangers. Tant que ces protections spécifiques ne s'étendent pas explicitement aux règles internationales en matière de PI, l'on ne peut pas en déduire le consentement de l'État à l'extension de concepts généraux, comme les attentes légitimes ou la clause NPF, à un ensemble distinct du droit international.

Ironiquement, les clauses sauvegardant spécifiquement les flexibilités du système international de PI peuvent donner lieu à un différend portant sur le respect par l'État d'accueil de ces normes relatives à la PI. Les discussions actuelles dans le contexte de l'accord commercial entre l'UE et le Canada montrent à quel point ces clauses sont aujourd'hui contestées. Par ailleurs, les doctrines générales du droit international sont à disposition pour jouer le rôle des clauses de sauvegarde spécifiques – tout en évitant « l'effet secondaire » de permettre aux investisseurs de contester le respect des traités internationaux en matière de PI dans l'arbitrage investisseur-État. Bien sûr, une interprétation basée sur l'article 31.3 (c) de la CVDT permet également aux investisseurs d'arguer que les normes de l'investissement doivent être comprises à la lumière des normes relatives à la PI, normes qui pourraient avoir été violées par l'État d'accueil aux dires de l'investisseur. Par exemple, Eli Lilly pourraient prétendre que la révocation de ses brevets par les tribunaux canadiens équivaut à une expropriation au titre du chapitre 11 de l'ALENA *puisque* ce dernier doit être interprété à la lumière des règles de l'Accord ADPIC et du chapitre 17 de l'ALENA sur la révocation et l'utilité comme conditions de brevetabilité. Les arbitres examinant cette demande se forgeraient probablement une opinion de ce que ces normes internationales en matière de PI impliquent, et si les décisions des tribunaux canadiens y sont conformes ou non. Cela ne signifie toutefois pas que les arbitres appliquent directement ces normes et jugent de leur respect par le Canada. Conformément aux normes d'interprétation de la CVDT, la conformité aux normes internationales en matière de PI rentre en compte dans l'analyse de la norme d'expropriation, parmi d'autres facteurs¹¹.

L'incertitude juridique qui l'accompagne est le principal inconvénient lié au fait de s'appuyer sur les doctrines générales du droit international : les arbitres pourraient ne pas considérer les normes en matière de PI comme des « règles pertinentes » au titre de l'article 31.3 (c) de la CVDT ; ils pourraient en choisir d'autres que celles auxquelles il est communément fait référence dans les clauses de sauvegarde, ou pourraient considérer que leur influence sur l'interprétation appropriée de la norme de l'investissement n'est pas décisive, peut-être

en tenant compte d'autres éléments de l'interprétation des traités. Il est difficile de prévoir si ces limites auront plus de poids que les effets négatifs liés au fait de s'appuyer sur les clauses de sauvegardes traditionnelles décrites plus haut. Les personnes chargées d'élaborer la prochaine génération d'AI doivent donc longuement réfléchir à l'approche qu'ils préféreront pour gérer les chevauchements entre les règles internationales en matière de PI et les règles internationales de l'investissement.

Auteur

Henning Grosse Ruse-Khan est maître de conférence à l'Université de Cambridge et professeur au King's College.

Notes

- ¹ Voir la discussion dans la deuxième partie ci-dessous et dans la version complète de l'article sur <http://ssrn.com/abstract=2463711>.
- ² *AHS c. le Niger*, Affaire CIRDI n° ARB/11/11, Décision du 15 juillet 2013 ; plus de détails dans la version complète de l'article.
- ³ Loi australienne sur l'emballage neutre des produits du tabac de 2011, articles 19, 20, 21 et 36.
- ⁴ *Philip Morris Asia c. l'Australie*, Avis d'arbitrage, 21 novembre 2011, para. 6.5 et 7.6-7.11.
- ⁵ *Ibid.*, para. 7.15-7.17.
- ⁶ *Ibid.*, para. 7.17.
- ⁷ *Eli Lilly and Company c. le Canada*, Avis d'intention, 7 novembre 2012.
- ⁸ *Eli Lilly c. le Canada*, Avis d'arbitrage, para. 71 et 77.
- ⁹ Voir l'article 1110:7 de l'ALENA.
- ¹⁰ Voir la Partie II, section 4 de l'article complet.
- ¹¹ Par rapport à d'autres éléments interprétatifs comme le sens ordinaire, le contexte et l'objet, les TBI contiennent parfois un ensemble de facteurs généraux qui déterminent si les mesures de l'État d'accueil équivalent ou non à une expropriation ; voir par exemple l'annexe A du modèle de TBI de 2013 des États-Unis ou l'article 1110:8 de l'ALENA.

Conformément à *quelles* lois de l'État d'accueil ? Restaurer la « défense » fondée sur la légalité des actions de l'investisseur dans l'arbitrage en matière d'investissement

Jarrod Hepburn

article 2



Les traités d'investissement sont souvent critiqués car l'on considère qu'ils sont trop « favorables » aux investisseurs, qu'ils contiennent des protections importantes étendues, que la définition de leur portée est trop large, et qu'ils ne contiennent que trop rarement des clauses d'exceptions. Cela étant dit, il est important de préciser les mécanismes à la disposition des États d'accueil pour se défendre des différends menés au titre d'un traité d'investissement. L'un d'entre eux se trouve dans les dispositions incluses dans nombre de traités d'investissement, selon lesquelles les investisseurs doivent respecter la législation de l'État d'accueil afin que leur investissement jouisse de la protection offerte par le traité. Lorsque les États ont démontré que les investisseurs avaient mené des activités illégales à l'heure de réaliser leur investissement, les tribunaux ont parfois rejeté leur compétence pour entendre la demande, donnant ainsi aux États d'accueil les arguments nécessaires pour contrer les demandes au titre de traités d'investissement dans les circonstances appropriées.

Toutefois, malgré l'attention toute récente portée à ces clauses relatives à la légalité des actions de l'investisseur, la portée de cette défense des États d'accueil comporte quelques points d'incertitude persistants. Certains tribunaux ont notamment proposé par le passé de limiter l'éventail de lois de l'État d'accueil qu'un investisseur devrait respecter. Ces limites peuvent poser des problèmes aux États cherchant à s'appuyer sur l'illégalité des actions d'un investisseur pour voir la demande rejetée.

Ce bref article présente ces limitations proposées par certains tribunaux, et affirme qu'elles sont injustifiées, tant du point de vue de leur incohérence avec les déclarations faites dans le cadre d'autres affaires, que parce qu'elles sont normativement indésirables.

L'ensemble de la législation de l'État d'accueil, ou seulement les « principes fondamentaux » ?

La première limitation proposée découle des suggestions faites par certains tribunaux de ne pas demander aux investisseurs de respecter *l'ensemble* de la législation de l'État d'accueil. Dans la décision de 2006 de l'affaire *LESI c. l'Algérie*, le tribunal a considéré que les dispositions relatives à la légalité des actions de l'investisseur contenues dans le TBI Italie-Algérie signifiaient que les investissements perdraient la protection du traité seulement lorsqu'ils sont réalisés « en violation des principes fondamentaux en vigueur »¹. Deux décisions de 2008, dans les affaires *Desert Line c. le Yémen* et *Rumeli c. le Kazakhstan*, ont suivi cette opinion, concluant que la légalité des actions de l'investisseur ne concernait que

les violations « des principes fondamentaux de la législation de l'État d'accueil »². Aussi, selon ces tribunaux, il importe peu que l'investisseur respecte la totalité des lois de l'État d'accueil, tant qu'il en respecte les principes juridiques fondamentaux.

Mais trois raisons permettent de douter que cette position soit (ou demeure) une interprétation justifiable des dispositions relatives à la légalité des actions d'un investisseur. D'abord, ces dispositions, telles que généralement libellées dans les traités d'investissement, ne font pas référence aux « principes fondamentaux ». Elles exigent au contraire simplement que les investissements soient réalisés « en conformité avec la législation de l'État d'accueil », ou utilisent une formulation de ce type.

Ensuite, les tribunaux des affaires *LESI*, *Desert Line* ou *Rumeli* n'étaient pas tenus de se prononcer sur le respect par l'investisseur de la législation de l'État d'accueil³. Cela signifie que leurs références désinvoltes et accessoires aux « principes fondamentaux » ont bien moins de poids que s'ils avaient par exemple reconnu leur compétence malgré la violation manifeste d'une loi ordinaire non-essentielle de l'État d'accueil.

Finalement, aucun autre tribunal ne semble soutenir la limite relative aux « principes fondamentaux ». Même si la limite n'a pas été explicitement rejetée dans la plupart des cas, lorsque la question de la légalité des actions de l'investisseur s'est posée, le tribunal n'a tout simplement pas examiné si la loi en question faisait partie des principes fondamentaux de l'État d'accueil⁴. En outre, dans une décision de 2012 sur la compétence, dans l'affaire *Quiborax c. la Bolivie*, le tribunal a expressément rejeté l'argument du demandeur de limiter la législation aux « principes fondamentaux », considérant qu'elle allait « au-delà des dispositions du traité, [qu'il s'agissait d'] une tentative visant à renforcer la protection de l'investisseur sans tenir compte des intérêts de l'État »⁵. Si l'absence de précédent contraignant dans l'arbitrage au titre d'un traité d'investissement implique que le rejet de l'affaire *Quiborax* ne casse pas nécessairement l'opinion rendue dans les affaires *LESI/Desert Line/Rumeli*, il apparaît tout de même que la position doctrinale prévalente soit celle du scepticisme vis-à-vis de cette limite.

Compte tenu de ce qui précède, est-il possible de réinterpréter les commentaires des tribunaux des affaires *LESI/Desert Line/Rumeli* afin de les rendre plus cohérents avec la jurisprudence ? En réalité, une lecture plus attentive des nombreuses affaires⁶ suggère que les dispositions relatives à la légalité des actions de l'investisseur comportent *deux* éléments. Le premier élément – que l'on pourrait dénommer la « légalité restreinte des actions de l'investisseur » – exige le respect des dispositions positives de l'ensemble de la législation de l'État d'accueil. Le deuxième élément – « la légalité étendue des actions de l'investisseur » – exige en outre de l'investisseur qu'il respecte les principes généraux fondamentaux abstraits de la législation, tels que la bonne foi, la politique publique internationale et les interdictions de fraude, de corruption et de tromperie. Cette interprétation peut par exemple expliquer pourquoi le tribunal de l'affaire *Inceysa c. El Salvador* a rejeté sa compétence après avoir conclu que l'investisseur avait violé les principes de bonne foi, de l'enrichissement sans cause et de la politique publique internationale. En fait, la conclusion du tribunal selon laquelle il y avait violation de « la légalité étendue des actions de l'investisseur » était suffisante pour décliner sa compétence sans qu'il ait besoin d'examiner le respect par *Inceysa* du droit positif du Salvador⁷.

Dans ce sens, les commentaires des affaires *Desert Line*, *Rumeli* et *LESI* n'étaient pas dans l'erreur en suggérant que les investissements doivent respecter les principes juridiques fondamentaux. Mais ils étaient incomplets car les investissements doivent aussi respecter le reste de la législation de l'État d'accueil.

Il faut joindre à cette analyse une mise en garde. Il est généralement admis que les tribunaux ne vont pas rejeter leur compétence simplement parce que l'investisseur a commis une violation triviale de la législation nationale. Le petit problème dans les documents de l'entreprise n'a par exemple pas exclu la compétence du tribunal dans l'affaire *Alpha Projektholding c. l'Ukraine*⁸. Bien que, à l'instar de la limite relative aux principes fondamentaux, cette mise en garde ne se trouve pas non plus dans le texte des traités d'investissement, elle bénéficie d'un soutien bien plus large de la part des tribunaux, et comporte une justification normative plus forte. Les États ne devraient pas être autorisés à utiliser abusivement les détails techniques de leur propre législation pour se soustraire aux demandes au titre de traités d'investissement. En même temps, une violation triviale n'est pourtant pas seulement le revers de la médaille de la violation d'une loi fondamentale : il existe bien sûr des lois ordinaires entre ces deux extrêmes. Comme avancé plus tôt, il n'y a pas de raison d'exclure le respect par l'investisseur de ces lois.

L'ensemble de la législation de l'État d'accueil, ou seulement les lois relatives à l'investissement ?

Dans la même veine que la limite relative aux principes fondamentaux, un tribunal a soutenu une deuxième limitation concernant les lois que l'investisseur est tenu de respecter. Dans l'affaire *Saba Fakes c. la Turquie*, le tribunal a remarqué que l'argument de la Turquie selon lequel l'investisseur n'avait pas respecté la loi nationale sur la concurrence et la loi sur la réglementation des télécommunications n'était pas pertinent car il ne s'agissait pas de lois « relatives à la nature même de la réglementation de l'investissement ». Pour le tribunal, la disposition relative à la légalité des actions de l'investisseur n'exigeait que le respect des lois « régissant l'admission des investissements dans l'État d'accueil »⁹.

Encore une fois, il n'y a pourtant pas de référence à une telle limite dans le texte d'un traité d'investissement classique. Il est difficile de comprendre pourquoi un investisseur ne serait pas tenu de respecter les lois relatives à la concurrence et aux télécommunications lorsque celles-ci affectent l'entrée de nouvelles parties-prenantes sur le marché des télécommunications d'un État. Dans tous les cas, toute loi pouvant être violée par un investissement est, presque par définition, une loi « relative à la nature même de la réglementation de l'investissement » ; si la loi en question ne réglemente pas l'investissement, il semble peut-être probable qu'elle puisse être violée par un investissement. La remarque du tribunal de l'affaire *Fakes* est donc assez surprenante.

En outre, aucun autre tribunal n'a considéré que le sujet de la loi qui aurait été violée par un investisseur fût pertinent. Dans les affaires *Anderson c. le Costa Rica* et *Hamester c. le Ghana*, l'État avait avancé des violations de sa législation pénale relative à la fraude, qui ne sont sans doute pas des lois « relatives à la nature même de la réglementation de l'investissement » puisqu'elles couvrent par essence un éventail varié de parties-prenantes et de situations. Les tribunaux de ces affaires n'ont toutefois pas suggéré que l'on pouvait ignorer le respect de ces lois. Dans l'affaire *Vannessa Ventures c. le Venezuela*, dans laquelle le demandeur a explicitement appuyé ses communications sur l'opinion exprimée dans l'affaire *Fakes*, le tribunal a contourné la question en concluant simplement qu'aucune loi vénézuélienne n'avait été violée¹⁰. Même dans l'affaire *Fakes* elle-même, le tribunal n'était pas tenu d'appliquer sa propre limite puisqu'il a

finalement conclu qu'il n'y avait même pas d'investissement¹¹. Il semble donc tout à fait injustifiable de restreindre l'obligation de l'investisseur d'agir de manière légale au seul respect des lois relatives à l'investissement.

Conclusion

Le respect de la législation de l'État d'accueil est un élément essentiel des affaires investisseur-État. L'obligation pour l'investisseur d'agir de manière légale représente l'un des rares exemples où la nature traditionnellement partielle des traités d'investissement – ils imposent de nombreuses obligations aux États d'accueil mais peu aux investisseurs – peut être contournée. Les négociateurs de traité essaient d'étendre ces éléments : la dernière mouture du texte de l'AECG qui a fuité inclut par exemple une disposition explicite interdisant les demandes d'arbitrage émanant d'investisseurs ayant réalisé leur investissement par le biais d'une « présentation frauduleuse, d'une dissimulation, de la corruption ou d'une conduite équivalant à une procédure abusive »¹², en plus des prescriptions habituelles de réaliser un investissement « conforme au droit applicable [de l'État d'accueil] ».

Cet article soutient qu'une interprétation adéquate de l'obligation d'agir en toute légalité, telle que traditionnellement exprimée, ne limiterait pas l'éventail des lois que les investisseurs doivent respecter. Au contraire, par défaut, les investisseurs devraient être tenus de respecter toute la législation de l'État d'accueil, les violations triviales étant les seules exceptions. Dans le contexte actuel du mécontentement des États vis-à-vis du régime des traités d'investissement, il est important de ne pas restreindre les mécanismes de défense disponibles au-delà de ce qu'autorisent le texte et l'objet des traités d'investissement.

Auteur

Jarrod Hepburn est professeur de droit à l'Université d'Exeter, au Royaume-Uni

Notes

1 *LESI SpA et Astaldi SpA c. l'Algérie* (Affaire CIRDI n° ARB/05/3), Décision sur la compétence, 12 juillet 2006 [83].

2 *Desert Line Projects LLC c. le Yémen* (Affaire CIRDI n° ARB/05/17), Décision, 6 février 2008 [104], qui cite également l'affaire *LESI ; Rumeli Telekom AS c. le Kazakhstan* (Affaire CIRDI n° ARB/05/16), Décision, 29 juillet 2008 [319].

3 Dans *Rumeli*, l'on ne sait pas précisément si l'État d'accueil avait avancé une violation spécifique de la loi kazakhe [169]. Dans *Desert Line* ([93(c)], [104], [118]) et *LESI* ([83(iii)]), la seule question pertinente consistait à déterminer si l'investissement remplissait certaines prescriptions formelles pour être reconnu par la législation nationale.

4 Voir par ex. *Saluka Investments BV c. la République Tchèque* (CNUDCI), Décision partielle, 17 mars 2006 [213]–[214] ; *Teinver SA c. l'Argentine* (Affaire CIRDI n° ARB/09/1), Décision sur la compétence, 21 décembre 2012 [324].

5 *Quiborax SA c. la Bolivie* (Affaire CIRDI n° ARB/06/2), Décision sur la compétence, 27 septembre 2012 [263].

6 *Phoenix Action Ltd c. la République Tchèque* (Affaire CIRDI n° ARB/06/5), Décision, 15 avril 2009 [100]–[105] ; *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. le Ghana* (Affaire CIRDI n° ARB/07/24), Décision, 18 juin 2010 [123] ; *Teinver* [317] ; *Metal-Tech Ltd c. l'Ouzbékistan* (Affaire CIRDI n° ARB/10/3), Décision, 4 octobre 2013 [127] ; *Plama Consortium Ltd c. la Bulgarie* (Affaire CIRDI n° ARB/03/24), Décision, 27 août 2008 [140].

7 *Inceysa Vallisoleto SL c. El Salvador* (Affaire CIRDI n° ARB/03/26), Décision, 2 août 2006 [264].

8 *Alpha Projektholding GmbH c. l'Ukraine* (Affaire CIRDI n° ARB/07/16), Décision, 8 novembre 2010 [297].

9 *Saba Fakes c. la Turquie* (Affaire CIRDI n° ARB/07/20), Décision, 14 juillet 2010 [119]–[120].

10 *Vannessa Ventures Ltd c. le Venezuela* (Affaire CIRDI n° ARB(AF)/04/6), Décision, 16 janvier 2013 [132], [135], [154], [160], [164], [167].

11 *Fakes* [148].

12 Article X.17.3, texte consolidé de l'AECG du 1^{er} août 2014.

Qui a peur de l'arbitrage investisseur-État ? Une explication de l'énigme « pas de droits plus importants » dans le PTCI

Jan Kleinheisterkamp

article 3

TRANSATLANTIC TRADE AND INVESTMENT PARTNERSHIP



Depuis qu'il a été annoncé par le Président de la Commission européenne José Manuel Barroso et le Président des États-Unis Barack Obama mi-2013, l'Accord de Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (PTCI) a fait naître des attentes mais il a également suscité des peurs¹. La promesse de stimuler les échanges dans la plus grande zone de libre-échange du monde s'accompagne du souhait « [d']inclure des dispositions protégeant les investissements fondées sur les... normes de protection les plus élevées que les deux parties aient jamais négociées »². Ce mandat des négociateurs de l'UE est conforme à celui qu'ils avaient précédemment reçu des États membres de l'UE pour les négociations de l'Accord économique et commercial global (AECG) avec le Canada, ainsi que pour les accords commerciaux signés avec Singapour et l'Inde, tous devant offrir « aux investisseurs européens le niveau de protection et de certitude juridique le plus élevé possible... découlant de l'expérience et des bonnes pratiques des États membres relatives à leurs traités bilatéraux d'investissement ». En effet, depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, c'est maintenant l'Union européenne qui à la compétence de réglementer les investissements étrangers directs et donc de remplacer les quelques 1 500 Traités bilatéraux d'investissement (TBI) conclus à ce jour par les États membres européens avec des pays tiers, par des accords européens uniformes.

Les TBI des États membres de l'UE s'inspirent principalement du modèle de l'OCDE dont les origines remontent à 1952. Ils incluent des dispositions de protection de l'investissement très basiques et plutôt simplistes, telles que le traitement national et la non-discrimination, le traitement juste et équitable et l'interdiction de l'expropriation sans indemnisation adéquate. Il faut noter notamment que la grande majorité de ces TBI offrent aux investisseurs étrangers des droits d'action en dommages et intérêts contre les États d'accueil auprès des tribunaux arbitraux internationaux s'ils considèrent que l'État d'accueil a violé les normes du TBI. S'agissant de leur nature bilatérale et réciproque, F.A. Mann avait remarqué dès 1981 que la réciprocité était « plutôt une question de prestige... que de réalité »³. La réalité est qu'aucun TBI n'a été conclu entre deux pays traditionnels « du premier monde ». En d'autres termes, l'on supposait par le passé que ces traités protégeraient les investisseurs originaires des pays traditionnellement exportateurs de capital et menant des activités dans les pays pauvres, qui sont dotés d'un mauvais bilan en matière d'État de droit.

En 1965, la Banque mondiale a parrainé une convention multilatérale visant à créer un cadre institutionnel pour l'arbitrage investisseur-État dont l'objectif officiel était d'apporter suffisamment de certitude juridique pour que les investisseurs ne soient pas rebutés par les « risques politiques » inhérents aux pays en développement, et aussi d'aider ces pays à se développer.

Mais alors, comment cette approche fondée sur le développement s'intègre-t-elle dans un accord conclu entre les deux plus grands blocs économiques du monde ? Compte tenu de l'énorme volume des investissements des États-Unis en Europe, et de l'attitude litigieuse des entreprises étasuniennes, et notamment des cabinets juridiques, d'importantes peurs relatives au danger qu'un tel arbitrage investisseur-État représenterait pour notre propre marge de manœuvre politique ont vu le jour. Dans le *The Guardian*, George Monbiot a écrit de façon polémique que, compte tenu de ses dispositions relatives au règlement des différends investisseur-État (RDIE), le PTIC représenterait « une attaque frontale contre la démocratie », faisant référence à la demande de plusieurs milliards lancée par l'entreprise de tabac Philip Morris contre l'Australie après que son Parlement ait adopté la loi pour l'emballage neutre des produits du tabac, et à la demande de 500 millions de dollars lancée par Eli Lilly contre le Canada après que les tribunaux fédéraux canadiens aient invalidé certains brevets de l'entreprise pharmaceutique étasunienne⁴. La sommité du droit international Martti Koskeniemi a averti que les dispositions relatives au RDIE contenues dans le PTIC « transféreraient le pouvoir des autorités publiques à un organe d'arbitrage, où une poignée de personnes pourraient décider si un pays peut adopter une loi ou pas, et comment sa législation doit être interprétée »⁵. Koskeniemi fait non seulement référence à la demande de Philip Morris, mais également à la demande de plusieurs milliards lancée par l'entreprise d'énergie suédoise Vattenfall contre l'Allemagne suite à la décision du pays d'accélérer sa sortie du nucléaire après l'accident de Fukushima, au titre du Traité sur la Charte de l'énergie (qui n'a clairement pas été conçu pour régir l'investissement dans le marché interne européen). Plus récemment, le ministre français des Affaires étrangères a fait état de l'opposition de la France à l'inclusion du RDIE dans le texte du PTIC, se faisant ainsi l'écho des craintes de voir les entreprises étasuniennes contester les lois françaises interdisant la fracturation hydraulique⁶. Un « Nejn » franc est également venu du ministre allemand de l'Économie, position réitérée dans le cadre de l'AECG⁷. Dans un débat au sein du parlement du Royaume-Uni, Zac Goldsmith, un député d'arrière-ban du parti conservateur, a demandé à son gouvernement : « Pourquoi avons-nous besoin de ces tribunaux dans un pays où l'État de droit est respecté, à peu près partout ? » Le Parlement du Royaume-Uni a récemment conclu que « les auteurs des dispositions relatives à la protection des investissements appliquées par un mécanisme de RDIE doivent encore convaincre les parties de les inclure dans le PTIC, ou arriver à dissiper les préoccupations publiques de manière convaincante »⁸. Et la Commission européenne a confirmé que le RDIE a causé beaucoup d'agitation⁹.

Une partie de ces préoccupations pourraient être moins objectives que ce à quoi l'on pourrait s'attendre dans le cadre du débat politique. Mais elles ont un certain poids, et pas seulement parce que les raisons avancées jusqu'à présent par la Commission européenne pour l'inclusion du RDIE sont faibles et presque contre-productives, comme

j'ai essayé de le démontrer dans un autre article politique¹⁰. Comme l'a clairement dit le Parlement du Royaume-Uni, « les dispositions relatives au RDIE ne sont en elles-mêmes qu'un mécanisme d'application : les protections substantives offertes aux investisseurs étrangers dans le chapitre sur l'investissement de l'accord PTCl seront les éléments déterminants ». C'est également ce que j'avais dans un rapport écrit pour le Parlement européen en décembre 2012, récemment publié avec quelques modifications dans le *International and Comparative Law Quarterly*¹¹. J'essayais de montrer comment les accords d'investissement futurs de l'UE changeraient fondamentalement le droit actuel de l'Union en matière de responsabilité des États, notamment en matière d'actions législatives, s'ils sont libellés sur la base des TBI existants et s'ils ne disposent pas des sauvegardes appropriées. Les investisseurs étrangers dans l'UE pourraient prétendre à une indemnisation pour des décisions politiques législatives parfaitement légales au titre du droit européen mais qu'un tribunal arbitral pourrait considérer comme ne respectant pas les normes d'un accord d'investissement européen. Cela est vrai même si la Cour européenne de justice a limité la responsabilité de l'Union vis-à-vis des torts causés au tiers, sur la base des principes communs à la plupart des États membres de l'UE, justement dans le but de protéger le processus politique démocratique du risque de « gel réglementaire »¹².

Mon rapport a déclenché un débat au sein du Parlement que la Commission européenne n'avait pas envisagé, elle qui ne souhaitait qu'adopter une réglementation plutôt technique visant à gérer la responsabilité technique au titre d'accords d'investissement européens à venir. Le Parlement européen a alors voté à la quasi-unanimité (à l'exception des quelques partis anti-européens) pour l'inclusion d'un alinéa essentiel sous la rubrique "considérant", qui a tenu bon face à l'opposition de la Commission et des États membres : « Les accords de l'Union devraient offrir aux investisseurs étrangers un degré de protection aussi élevé que celui accordé aux investisseurs issus de l'Union par le droit de l'Union et par les principes généraux communs aux législations des États membres, mais non supérieur à celui-ci. Les accords de l'Union devraient garantir que les pouvoirs législatifs et le droit de réglementer dont jouit l'Union sont respectés et préservés »¹³.

Comme le souligne mon rapport, il s'agissait de l'une des réactions possibles aux peurs que les tribunaux arbitraux investisseur-État n'interprètent les normes substantielles de protection trop largement, et qu'ils n'aillent au-delà du niveau de protection auquel les investisseurs issus de l'UE ont droit au sein de l'UE, dont le marché interne est tout de même le projet d'intégration économique le plus avancé du monde. Une solution bien plus sophistiquée aurait consisté à faire ce que l'article 340 (2) du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne suggère, voire mandate : élaborer de manière détaillée les principes de la responsabilité de l'État communs aux lois des États membres de l'UE, sur la base d'études comparatives et de la jurisprudence nationale très riche à cet égard. Cela constituerait la base des négociations avec les États tiers – plutôt que des traités obsolètes partiels à peine retoqués pour inclure quelques sauvegardes de la marge de manœuvre politique européenne. En outre, une approche si rigoureuse permettrait surtout de réaliser ce qui devrait être au cœur du droit des traités d'investissement et que les traités d'investissement existants peinent à réaliser : la certitude juridique, tant pour les investisseurs que pour les États d'accueil. Mais l'on peut comprendre que cette solution (académique) bien plus embarrassante et exigeant plus de temps avait moins d'attrait politique que la simple affirmation « pas de droits plus importants ».

Si les solutions politiques simples peuvent répondre aux préoccupations publiques pressantes, elles risquent parfois de devenir *ad absurdum*. Cela semble être le cas ici : conformément aux principes de négociation bipartisans mentionnés pour la première fois dans la loi étasunienne sur le commerce de 2002, Demetrios Marantis, l'ancien représentant des États-Unis au commerce a informé le Congrès des États-Unis en mars 2013 (soit 6 jours avant que le principe « pas de droits plus importants » ne soit adopté pour la première fois par le Comité sur le commerce international du Parlement européen) que les objectifs spécifiques du gouvernement américain pour les négociations du PTCl incluaient « l'intention d'obtenir pour les investisseurs américains dans l'UE des droits importants comparables à ceux offerts au titre des principes juridiques et de la pratique des États-Unis, tout en veillant à ce que les investisseurs de l'UE aux États-Unis n'obtiennent pas de droits substantiels plus importants que les investisseurs américains n'en ont aux États-Unis »¹⁴. Donc, « pas de droits plus importants » des deux côtés de l'Atlantique... ? Si elle est prise au sérieux, il semble que seule une étude comparée du droit public portant sur les principes de la protection des investissements communs aux États-Unis et à l'UE pourrait résoudre une telle énigme.

Auteur

Jan Kleinheisterkamp est professeur associé de droit à la London School of Economics and Political Science.

Notes

1 Commission européenne, 17 juin 2013. *Statement by President Barroso on the EU-US trade agreement with U.S. President Barack Obama, the President of the European Council Herman Van Rompuy and UK Prime Minister David Cameron*. Tiré de http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-544_en.htm (uniquement en anglais)

2 Groupe de travail de haut niveau sur l'emploi et la croissance États-Unis-Union européenne, février 2013. Rapport final, tiré de http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/february/tradoc_150519.pdf

3 Mann, F.A., 1981. *British Treaties for the Promotion and Protection of Investments*. *British Yearbook of International Law* 1981, p. 241.

4 Monbiot, G., 4 novembre 2013. This transatlantic trade deal is a full-frontal assault on democracy. *The Guardian*. Tiré de <http://www.theguardian.com/commentisfree/2013/nov/04/us-trade-deal-full-frontal-assault-on-democracy>

5 Kontinen, J., 15 décembre 2013. Professor: Finland's legislative power may be in jeopardy. *Helsinki Times*, tiré de <http://www.helsinkitimes.fi/finland/finland-news/domestic/8717-professor-finland-s-legislative-power-may-be-in-jeopardy.html>

6 Hialut, R., 3 octobre 2014. Commerce : l'Europe et les États-Unis à couteaux tirés. *Les Echos*, tiré de http://www.lesechos.fr/10/03/2014/LesEchos/21643-029-ECH_commerce---l-europe-et-les-etats-unis-a-couteaux-tires.html#L1c3E0tF0SylgVZ.99

7 Donnan, Shawn et Wagstyl, S., 14 mars 2014. Transatlantic trade talks hit German snag. *Financial Times*, tiré de <http://www.ft.com/intl/cms/s/0/cc5c4860-ab9d-11e3-90af-00144feab7de.html#axzz3FNC8kUy>

8 Parlement, Comité de l'Union européenne, mai 2014. *The Transatlantic Trade and Investment Partnership*. Tiré de <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld201314/ldselect/ldcom/179/179.pdf>

9 Spiegel, P., 30 septembre 2014. Malmström vs Selmayr: the tale of the track changes. *Financial Times – Brussels Blog*. Tiré de <http://blogs.ft.com/brusselsblog/2014/09/30/malmstrom-vs-selmayr-the-tale-of-the-track-changes/>

10 Kleinheisterkamp, J., février 2014. *Is there a Need for Investor-State Arbitration in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)?* Tiré de http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2410188

11 Kleinheisterkamp, J., 2014. Financial Responsibility in European International Investment Policy. *International and Comparative Law Quarterly*, 63(2), 449-476. DOI: 10.1017/S0020589314000116

12 CJUE, affaires conjointes C-120/06 P et C-121/06 P, *FIAMM c. le Conseil*, [2008] ECR I-6513, para. 174. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62006CJ0120>

13 Considérant 4) de la Règlement (UE) n° 912/2014 du 23 juillet 2014 établissant un cadre pour la gestion de la responsabilité financière liée aux tribunaux de règlement des différends entre investisseurs et États mis en place par les accords internationaux auxquels l'Union européenne est partie, [2014] JO L 257, p. 121., <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014R0912&from=EN>

14 Marantis, D., 20 mars 2013. *Letter to John Boehner*. Tiré de <http://www.ustr.gov/sites/default/files/03202013%20TTIP%20Notification%20Letter.PDF>

Les nouvelles mesures d'investissement extérieur de la Chine : vers une mondialisation durable ?

Joe Zhang

article 4

Jusqu'à récemment, les entreprises chinoises souhaitant investir à l'étranger devaient passer par une procédure d'approbation rigoureuse réalisée séparément par deux agences ministérielles, ou par leurs homologues provinciaux. Toutefois, pour de nombreux investisseurs chinois, notamment ceux du secteur privé, cette procédure d'approbation impopulaire fait maintenant partie du passé puisque le régime chinois d'investissement extérieur a connu ces dernières années un remaniement drastique.

L'ancienne procédure d'approbation

Au titre du régime précédent, l'une des procédures d'approbation était réalisée par la Commission nationale pour le développement et la réforme (CNDR), qui relève du Conseil d'État, et qui dispose d'une compétence large sur les investissements d'immobilisations. L'approbation de la CNDR s'appliquait à tous les projets d'investissement extérieur. Pour les projets concernant les enchères ou les fusions et acquisitions transfrontières d'un montant supérieur à 100 millions de dollars US, les investisseurs potentiels devaient en plus obtenir une lettre de confirmation, qui équivaut à une autre forme d'approbation, de l'agence avant de conclure un accord contraignant ou de réaliser des offres fermes.

L'autre procédure d'approbation était gérée par le ministère du Commerce (MOFCOM), qui a compétence sur les questions relatives à la création d'entreprises transfrontalières. Si la procédure de la CNDR dépendait des projets, celle du MOFCOM dépendait de l'entité. Chaque investisseur potentiel devait obtenir l'approbation du MOFCOM pour toutes les entités étrangères devant être détenue ou contrôlée par de tels investisseurs, que le projet spécifique soit mené par le biais de cette entité étrangère ou non.

Le nouveau système simplifié

Le 2 décembre 2013, le Conseil d'État a publié un Catalogue des projets d'investissement exigeant une vérification gouvernementale (le Catalogue). Conforme au souhait de l'administration actuelle de simplifier la gouvernance et de décentraliser les pouvoirs, ainsi qu'à la stratégie de mondialisation de la Chine, qui vise à encourager les entreprises chinoises à investir à l'étranger, le Catalogue indique que seuls les projets dont les transactions représentent au moins 1 milliard de dollars US, ainsi que les projets réalisés dans des pays, régions ou secteurs sensibles devront obtenir au préalable l'approbation de la CNDR¹. L'autorité d'approbation du MOFCOM se limitait également aux investisseurs réalisant des investissements dans des pays, régions ou secteurs sensibles². Le Catalogue n'explique cependant pas dans le détail la nouvelle procédure d'approbation, et n'inclut aucune définition ou exemple de ce qu'est « un pays (une région) sensible » ou « un secteur sensible ». En outre, le Catalogue ne précise pas si les investissements qui ne sont pas soumis à une approbation feront l'objet d'une réglementation, et si oui, de quel type.

Des précisions supplémentaires sur ces questions ont été apportées le 8 avril 2014, avec la publication des Mesures administratives de la CNDR relatives à la procédure d'approbation et d'inscription des projets d'investissement à l'étranger assujettis à une vérification gouvernementale (entrée en vigueur un mois plus tard). Les Mesures de la CNDR suivaient largement les prescriptions du Catalogue et précisaient que seuls les projets identifiés dans le Catalogue seraient soumis à l'approbation de la CNDR³, et les autres projets devraient seulement passer par une procédure relativement rapide d'inscription en ligne. En outre, les Mesures de la CNDR donnent également des explications sur les deux mots essentiels qui ne sont pas définis dans le Catalogue. D'après celles-ci, « les pays (régions) sensibles » sont ceux qui n'ont « pas de relations diplomatiques avec la Chine, qui font l'objet de sanctions internationales ou les pays en guerre ou instables »⁴ ; et les « secteurs sensibles » mentionnés dans les Mesures de la CNDR « incluent mais ne se limitent pas aux opérations essentielles de télécommunications, au développement et à l'utilisation de ressources en eau transfrontières, à l'aménagement de territoires à grande échelle⁵, aux réseaux et infrastructures électriques et aux médias d'information »⁶.

Le MOFCOM a également assoupli ses prescriptions d'approbation dans les Mesures administratives relatives aux projets d'investissement à l'étranger publiées le 6 septembre 2014 (entrées en vigueur le 6 octobre 2014), qui remplacent la version précédente adoptée il y a cinq ans. Comme les Mesures émanant de la CNDR, les Mesures du MOFCOM prévoient également que le système d'inscription devienne la norme et que les procédures d'approbation deviennent l'exception, puisqu'elles ne s'appliqueront qu'aux seuls projets identifiés dans le Catalogue⁷. En revanche, les Mesures du MOFCOM offrent des définitions bien moins précises. Elles définissent « les pays (régions) sensibles » comme ceux qui n'ont « pas de relations diplomatiques avec la Chine, font l'objet de sanctions de la part des Nations Unis ou les autres pays (régions) désignés par le MOFCOM le cas échéant »⁸ ; et « les secteurs sensibles » sont « les secteurs impliquant des produits ou technologies dont l'exportation est restreinte par la Chine, ou les secteurs pour lesquels plus d'un pays (région) a un intérêt »⁹. Cette dernière définition est particulièrement vague. Même si l'on peut facilement trouver la liste des produits ou technologies dont l'exportation est restreinte en réalisant une recherche dans les différents catalogues publiés par le gouvernement chinois, l'emploi du terme *impliquant* ajoute un degré important d'incertitude à la portée des projets concernés. Pourrait-on par exemple, raisonnablement en déduire que cela concerne également l'équipement manufacturier utilisé pour produire ces marchandises restreintes, ou l'utilisation des marchandises ou technologies restreintes pour le développement de marchandises ou technologies en aval ? Ce texte étant ouvert à une interprétation large, la législation est moins prévisible. En outre,

l'expression « plus d'un pays (région) a un intérêt » peut être interprétée de manière large. Par exemple, la version précédente des Mesures utilisait également une expression similaire sans toutefois la définir davantage, et le MOFCOM et ses homologues provinciaux l'interprétaient dans la pratique comme incluant non seulement les investissements impliquant des pays ou régions où la souveraineté ou le territoire était disputé, mais également les investissements situés dans un pays ou région donnée et dont les opérations affectaient d'autres pays ou régions.

Quels seront les effets sur les investissements favorables au développement durable ?

Bien qu'il faille encore pleinement tester dans la pratique les nouvelles mesures, le passage de l'ancien système fondé sur l'approbation au nouveau système fondé sur l'inscription a été largement salué par les entreprises chinoises souhaitant s'étendre à l'étranger. Malgré les définitions vagues décrites plus haut, le nouveau système représente sans aucun doute une étape importante vers une procédure plus simple. Si les conditions restent favorables, l'on peut raisonnablement supposer que le nouveau système encouragera l'investissement chinois à l'étranger.

Mais en plus de la *quantité* d'investissement, l'élément principal pour les pays d'accueil sera sa *qualité*. Par exemple, cette procédure simplifiée préalable à l'investissement ouvrira-t-elle les portes aux investisseurs qui n'avaient pas pu investir à l'étranger (soit parce qu'ils ne le souhaitaient pas ou parce qu'ils ne pouvaient obtenir l'approbation au titre du système précédent), ou les nouvelles mesures permettront-elles de libérer les ressources du gouvernement auparavant employées à l'examen de la montagne de demandes, pour que celui-ci puisse réellement suivre et réglementer les activités d'investissement dans les pays d'accueil ? Il semble que l'objectif du gouvernement soit justement cette dernière voie.

Les Mesures du MOFCOM exigent spécifiquement que tout investisseur chinois respecte les lois et coutumes locales des pays d'accueil, et s'inquiète de ses résultats en matière de responsabilité sociale dans divers domaines, notamment l'environnement, l'emploi et les communautés locales¹⁰ ; cette prescription n'existait pas au titre de la législation précédente.

Pour que cette prescription ait du poids, les Mesures du MOFCOM octroient au MOFCOM et à ses homologues provinciaux, la charge de superviser et de contrôler le respect de ces obligations par les investisseurs chinois à l'étranger¹¹.

Bien que les Mesures de la CNDR n'incluent pas de telles prescriptions, selon les propos des personnes compétentes à la CNDR lors que la conférence de presse annonçant les nouvelles mesures, l'un des critères que l'agence examinera à l'heure de vérifier les projets soumis à la procédure sera le respect du principe de bénéfice mutuel et de développement commun, du

point de vue de la communauté et de l'intérêt public¹². En effet, selon un modèle de soumission des projets sujets à la procédure de vérification, publié par la CNDR en mai 2014, les soumissionnaires doivent notamment divulguer les informations relatives aux lois du pays touchant au projet, aux opinions des communautés locales, aux mesures environnementales prises par le soumissionnaire, etc.¹³

En outre, la CNDR a également publiquement plaidé pour donner la priorité à la réglementation des activités et opérations d'investissement des entreprises chinoises à l'étranger en travaillant en étroite collaboration avec d'autres agences comme le MOFCOM¹⁴, qui s'est également exprimé dans le même sens lors de la publication de ses Mesures en septembre¹⁵.

Toutefois, nous n'avons vu jusqu'à présent qu'une procédure préalable à l'investissement soi-disant simplifiée pour les investissements chinois à l'étranger. Il sera intéressant de voir si le mécanisme de supervision et de contrôle postérieur à l'investissement réalise dans les faits le rôle prévu dans le cadre du nouveau régime.

Auteur

Joe Zhang est conseiller juridique au sein du programme sur l'investissement et le développement durable de l'IIDD.

Notes

1 Article 13 du Catalogue des projets d'investissement exigeant une vérification gouvernementale (version de 2013).

2 *Id.*

3 Article 7 des Mesures administratives relatives à la procédure d'approbation et d'inscription des projets d'investissement à l'étranger assujettis à une vérification gouvernementale. Cependant, au titre de l'article 8, les investisseurs des projets d'investissement étranger concernant des enchères ou fusions et acquisitions transfrontières dont le montant des transactions est supérieur à 300 millions de dollars US doivent obtenir une lettre de confirmation de la CNDR avant de conclure un accord contraignant ou de réaliser une offre ferme.

4 *Id.*

5 Cela peut donc inclure tous les projets agricoles, miniers et d'infrastructures à grande échelle puisque la Loi chinoise relative à l'aménagement du territoire définit le territoire comme incluant les terres arables et les terres constructibles, ces dernières incluant les terrains utilisés pour les mines et les infrastructures.

6 Article 7 des Mesures administratives relatives à la procédure d'approbation et d'inscription des projets d'investissement à l'étranger assujettis à une vérification gouvernementale.

7 Article 6 des Mesures administratives relatives aux projets d'investissement à l'étranger.

8 *Id.* Article 7.

9 *Id.*

10 *Id.* Article 20.

11 *Id.* Article 5.

12 Résumé chinois de la conférence de presse disponible sur le site Internet de la CNDR : http://www.sdpc.gov.cn/xwzx/xwfb/201404/t20140410_606609.html (dernière visite le 7 octobre 2014).

13 Appendice 2 de la notification de la CNDR relative à la mise en œuvre des Mesures administratives relatives à la procédure d'approbation et d'inscription des projets d'investissement à l'étranger assujettis à une vérification gouvernementale.

14 Voir supra note 11.

15 Voir le résumé de la conférence de presse du MOFCOM de présentation des Mesures, textes en chinois disponibles sur le site Internet du MOFCOM : <http://www.mofcom.gov.cn/article/ae/ag/201409/20140900724799.shtml> (dernière visite le 7 octobre 2014).

Une réunion multipartite de la CNUCED cherche à réformer les traités d'investissement et le règlement des différends relatifs aux investissements

James Zhan et Diana Rosert

article 5

Plus de 50 représentants gouvernementaux de haut-niveau, notamment des ministres, ainsi que des représentants de haut rang du monde des affaires, des organisations internationales et de la société civile se sont réunis à Genève le 16 octobre 2014 afin de discuter des problèmes relatifs aux Accords internationaux d'investissement (AII), et d'examiner les manières d'en réformer le régime¹. La conférence était organisée pendant le Forum mondial de l'investissement de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), qui a attiré plus de 3 000 participants de 150 pays. La conférence sur les AII s'est tenue dans un contexte de mécontentement croissant vis-à-vis du régime complexe de plus de 3 000 AII, et en particulier, alors qu'un débat public fait rage autour des accords dits méga-régionaux, tels que l'Accord de partenariat transpacifique et le Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement.

Un large consensus sur la nécessité de réformer

Les discussions de la conférence se sont orientées autour de trois grandes questions : quelles sont les principaux domaines et questions pressantes relatives aux AII et au règlement des différends en matière d'investissement devant être traités ? Quels sont les principaux moyens et manières de traiter ces questions ? Quels sont les types de mécanismes et plateformes nécessaires pour faciliter la réforme ?

La conférence a rassemblé un large éventail de parties-prenantes et a donné la parole à divers intérêts des communautés de l'investissement et du développement, contribuant à combler les différences entre les pro- et anti-régime des AII. Un large consensus sur la nécessité d'améliorer la gouvernance mondiale des investissements s'est dégagé ; nombre de participants ont toutefois également souligné que les AII demeuraient un outil politique important contribuant à promouvoir un climat commercial stable et prévisible pour attirer et protéger l'IED.

Nombre d'intervenants étaient d'accord sur le fait que le régime des AII et le système connexe de règlement des différends en matière d'investissement exigent une réforme profonde, mais que ces changements doivent être introduits de manière progressive. Se basant sur une liste de points de réforme pressants, la réunion a identifié des solutions concrètes et pratiques pour les traiter. Ce faisant, les participants à la conférence ont esquissé les contours d'une feuille de route en vue d'une réforme complète du régime des AII, et ont appelé la CNUCED à peaufiner les éléments de cette feuille de route en collaboration avec les gouvernements, les organisations régionales et intergouvernementales, et d'autres parties-prenantes.

La Vice-présidente de l'autorité générale égyptienne pour l'investissement, Madame Wafaa Sobhy Ibrahim, a notamment expliqué en quoi une telle feuille de route était nécessaire. « La plupart des pays sont conscients du fait que leurs politiques d'investissement doivent être réformées afin de dissiper les craintes liées au règlement des différends relatifs aux investissements et à l'élaboration des politiques publiques. Mais ils ont besoin d'un cadre pour guider leurs efforts » a-t-elle dit. À cet égard, les participants ont considéré que le

Cadre directeur pour l'investissement au service du développement durable de la CNUCED², et les moyens de réforme identifiés par la CNUCED³ constituaient de bons points de départ.

Nombre de pays considéraient que les efforts individuels de réforme sont utiles, mais ils ont également fait remarquer que ces efforts pourraient ne pas être suffisants compte tenu de la nécessité de modifier le système dans son ensemble. Les représentants de certains pays ont souligné que des efforts conjoints, coordonnés ou multilatéraux pourraient s'avérer plus efficaces pour mener à bien les réformes nécessaires. Il a été suggéré que la CNUCED, en coopération avec d'autres parties-prenantes, notamment les organisations internationales et régionales, offre une plateforme multilatérale pour travailler sur les questions relatives aux politiques d'investissement. Madame Yongjie Li, Directrice auprès du ministère du Commerce de la République populaire de Chine, a affirmé que la réforme des traités au niveau national « ne pouvait répondre aux difficultés posées par les traités existants » et qu'« il [était] plus approprié d'aborder la question de l'éventuelle réforme systématique dans le cadre de la plateforme multilatérale adéquate ».

Les points pressants de réforme – les principales dispositions des traités et l'arbitrage en matière d'investissement

De nombreux participants ont souligné que les AII ne devaient pas limiter la capacité des pays à réglementer l'investissement en vue d'atteindre leurs objectifs nationaux et légitimes de développement. En effet, un large consensus s'est dégagé quant à la nécessité d'avoir un régime des AII plus cohérent et mieux conçu, reflétant les objectifs de développement durable, équilibrant les droits et les obligations des investisseurs, correspondant à la réalité économique actuelle (telle que la prolifération des chaînes de valeur mondiales) et offrant un meilleur niveau de prévisibilité. Les dispositions relatives à la définition de l'investissement et de l'investisseur, au traitement juste et équitable, au traitement de la nation la plus favorisée et à l'expropriation indirecte, ainsi que les clauses parapluie sont notamment apparues comme des éléments exigeant une attention particulière.

S'agissant du règlement des différends relatifs aux investissements, les parties-prenantes ont suggéré une réforme notamment axée sur la transparence, les recours triviaux, les investisseurs spéculatifs, l'indépendance des arbitres et les mécanismes d'appel. Certains ont également appelé au retrait pur et simple du règlement des différends investisseur-État des traités d'investissement. Des alternatives au règlement des différends investisseur-État ont également été étudiées, et certains participants ont souligné l'importance des règlements alternatifs, et de l'obligation pour les investisseurs d'épuiser les recours nationaux avant d'avoir accès à l'arbitrage international. La nécessité de peaufiner les obligations juridiques importantes appliquées par les tribunaux est également apparue comme un point essentiel et complémentaire de réforme. Les délégués de plusieurs pays ont plaidé pour une assistance technique et le renforcement des compétences en la matière.

La conférence a bénéficié de l'expérience de l'Argentine, du Canada, de la République Tchèque, de l'Égypte, de l'Équateur et du Mexique, qui figurent parmi les défenseurs les plus fréquents dans l'arbitrage investisseur-État. Monsieur Germán A. Herrera Bartis, directeur auprès du ministère argentin des Affaires étrangères et du Culte a souligné la nécessité de réforme en mentionnant « l'ambiguïté du concept de l'expropriation indirecte » selon lequel « toutes les modifications des politiques économiques [...] sont susceptibles être considérées par un investisseur étranger comme une expropriation et faire l'objet d'un recours dans le cadre du CIRDI ».

Des exemples concrets de réforme des AII et les approches alternatives

Les participants ont également discuté des étapes concrètes que les pays peuvent suivre à l'heure de réformer leurs traités d'investissement, et certains pays ont partagé leurs données d'expérience à cet égard. Monsieur Saurabh Garg, co-secrétaire (à l'investissement) du Département des affaires économiques du ministère des Finances de l'Inde a proposé que « tout nouveau traité [soit] impérativement soumis à un examen rigoureux, et à une analyse approfondie de diverses dispositions, telles que la définition de l'investissement et de l'investisseur, les normes TJE et NPF ».

Dans le même temps, de nouvelles approches de l'élaboration des politiques internationales en matière d'investissement ont été abordées. Monsieur Daniel Godinho, Secrétaire au commerce international du ministère du Développement, de l'Industrie et du Commerce extérieur du Brésil – pays qui a signé quelques TBI sans jamais les ratifier – a attiré l'attention de la conférence sur le parachèvement par le Brésil d'un nouveau modèle d'accord d'investissement comme « alternative innovante aux AII traditionnels ». Le modèle du Brésil, dénommé Accord de coopération et de facilitation de l'investissement, met l'accent sur « la promotion d'un environnement attrayant pour les investisseurs permettant en même temps de préserver l'espace des politiques publiques ». Ce modèle envisage la création de points focaux (des médiateurs devant jouer le rôle important de canal de communication et de soutien entre les investisseurs et le pays hôte, et chargé d'améliorer les conditions d'investissement dans ce dernier) et d'un comité conjoint composé de représentants gouvernementaux des deux parties, chargé de partager les possibilités d'accroître les investissements mutuels, de suivre la mise en œuvre de l'Accord, de prévenir les différends et de résoudre à l'amiable les litiges éventuels. Dans la même veine, les participants ont souligné que la législation nationale et les contrats étaient des éléments permettant de créer un climat propice à l'investissement et d'attirer les investissements favorisant le développement durable.

Les efforts de réforme compte tenu de la pertinence persistante des AII

Parmi les pays représentés à la conférence se trouvaient la Chine, l'Égypte, la France, l'Allemagne, la Suisse et les États-Unis, qui comptent tous parmi les principaux signataires d'AII ; chacun d'entre eux a conclu plus de 100 traités bilatéraux d'investissement. Monsieur Christian Etter, le responsable du Secrétariat d'État à l'économie de Suisse a déclaré que, pour la Suisse, les AII sont un outil permettant d'attirer l'IED et « un

instrument favorable au développement durable qui a fait ses preuves ». Il a ajouté qu'« à l'instar de tout autre outil, ils [les AII] doivent être constamment réexaminés et ajustés lorsque les circonstances l'exigent ».

Les représentants du secteur privé ont souligné l'importance des niveaux élevés de protection de l'investissement dans le régime actuel des AII, tout en reconnaissant qu'il était nécessaire de le réformer. Selon Monsieur Winand Quaedvlieg, Président du Comité sur l'investissement international et les entreprises multinationales du Comité consultatif économique et industriel auprès de l'OCDE, « la protection de l'investissement est un élément indispensable de tout régime d'investissement [...] et le RDIE est à son tour un élément nécessaire de la protection de l'investissement. [...] Mais plusieurs questions méritent un examen approfondi, sans que l'on puisse pour le moment préjuger des conclusions de ce dernier ».

Certains intervenants ont souligné que, plutôt que d'aboutir à un niveau de protection moindre de l'investisseur, la réforme devrait donner lieu à des traités plus équilibrés, offrant une exactitude juridique qui bénéficierait à la fois aux États et aux investisseurs, tout en préservant l'espace politique et en reflétant les responsabilités de l'investisseur. « L'avenir du régime des AII est important également pour le secteur privé : les AII doivent mieux fonctionner, tant pour les gouvernements que pour les investisseurs » a affirmé Madame Stormy-Annika Mildner de la Fédération allemande des industries.

Les prochaines étapes

Suite à la conférence du Forum mondial de l'investissement relatif aux AII, la CNUCED organisera une réunion d'experts intergouvernementaux du 25 au 27 février 2015 à Genève, au cours de laquelle les participants identifieront les stratégies et les mesures concrètes pouvant contribuer à la création d'une nouvelle génération d'AII. Faisant fond sur le succès du Forum de cette année, une autre conférence sur les AII sera organisée dans le cadre du prochain Forum mondial de l'investissement en mars 2016 à Lima au Pérou.

Auteur

James Zhan est Directeur de la Division de l'investissement et des entreprises de la CNUCED, et éditeur en chef du Rapport sur l'investissement dans le monde. Diana Rosert est fonctionnaire associée aux affaires juridiques, à la Section de la CNUCED sur les Accords internationaux d'investissement.

Notes

1 La liste des intervenants et leurs déclarations sont disponibles sur <http://unctad-worldinvestmentforum.org/programme/sessions/reforming-the-international-investment-agreements-regime/> (uniquement en anglais).

2 Disponible sur http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2012d5_en.pdf.

3 Disponibles sur http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2014d6_en.pdf.

Nouvelles en bref

Les nouveaux Commissaires européens suggèrent de ne pas inclure le RDIE dans le PTCI

Le nouveau Président de la Commission européenne, Jean-Claude Juncker, a affirmé le 22 octobre 2014 qu'il n'y avait « pas d'obligation » d'inclure de dispositions relatives au règlement des différends investisseur-État (RDIE) dans l'accord de commerce et d'investissement en cours de négociation entre l'Union européenne et les États-Unis, le Partenariat transatlantique pour le commerce et l'investissement (PTCI).

La réticence vis-à-vis du mécanisme de règlement des différends, un élément commun des traités bilatéraux d'investissement signés par les États membres européens par le passé, s'est largement accrue au sein de l'UE où les gouvernements et la société civile remettent en question son utilité dans le PTCI (ainsi que dans l'accord commercial avec le Canada, discuté plus bas).

Reconnaissant cette opposition, Juncker a dit que sa « commission n'accepter[ait] pas que la juridiction des tribunaux des États membres de l'UE soit limitée par des régimes spécifiques relatifs aux différends investisseur-État. L'état de droit et le principe d'égalité devant la loi doivent également s'appliquer dans ce contexte ».

La déclaration de Juncker n'exclut pas l'inclusion du RDIE dans l'accord commercial et d'investissement UE-États-Unis, mais donne la possibilité de le faire.

La nouvelle Commissaire européenne au commerce, Cecilia Malmström, a également adopté une position négative vis-à-vis du RDIE. Juste avant son audition d'approbation, elle a dit au Parlement européen dans des observations écrites datées du 26 septembre qu'« aucun mécanisme de règlement des différends investisseur-État ne serait inclus dans cet accord [le PTCI] ».

Pour répondre aux nombreuses personnes qui ont salué cette déclaration dans les médias sociaux, Malmström a plus tard tweeté « ce n'est pas moi qui aie écrit la déclaration relative au RDIE/PTCI qui enthousiasme tant de monde dans la version finale de ma réponse au Parlement européen ». La version de sa réponse, présentée de nouveau au Parlement le 28 septembre (soit après la date limite du 26 septembre), n'incluait pas la phrase contre le RDIE.

Plus tôt dans l'année, la Commission européenne avait organisé des consultations publiques sur le RDIE dans le PTCI ; 150 000 réponses avaient été envoyées avant la date limite reportée au 13 juillet 2014, et les résultats devraient être communiqués et discutés en novembre 2014.

Bon nombre des réponses étaient similaires, motivées par la campagne contre le RDIE menée dans toute l'Europe et proposant des réponses déjà rédigées. Lors de la réunion du 22 juillet du Comité de l'UE sur le commerce international, le Commissaire au commerce de l'époque Karel De Gucht, a manifesté que du point de vue politique, il serait utile d'analyser les réponses quantitativement et qualitativement, en ne comptabilisant « qu'une seule fois les réponses identiques ». Les

membres du Parlement européen et des organisations de la société civile ont cependant affirmé que cela reviendrait à amoindrir la critique publique relative au RDIE.

Certains gouvernements européens s'opposent à l'inclusion du RDIE dans l'AECG, malgré les négociations récemment parachevées

Il existe toujours une certaine opposition à l'inclusion du RDIE dans l'Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada et l'Union européenne. Le texte de l'accord a été finalisé en août 2014 après cinq années de négociations. Les dignitaires canadiens et européens ont exprimé leur engagement politique envers l'AECG le 26 septembre, sans le signer formellement.

Cependant, l'opposition au texte de l'accord, manifesté par les États membres européens – toujours au sujet du RDIE – et d'autres parties-prenantes pourrait mettre l'AECG en péril. Les observateurs affirment que le RDIE n'est pas nécessaire au vu des protections existantes pour les investisseurs au titre des systèmes juridiques nationaux en question.

Le ministre allemand de l'Économie, Sigmar Gabriel, a affirmé le 25 septembre que « les systèmes juridiques de l'Allemagne et du Canada offrent suffisamment de protection aux entreprises, rendant une telle disposition inutile ». L'ancienne ministre française du Commerce extérieur, Nicole Bricq, s'est également publiquement opposée au RDIE. Toutefois, l'ancien Commissaire européen au commerce, Karel De Gucht, a affirmé que la réouverture des négociations relatives à l'AECG mettrait un terme définitif à l'accord.

Les organisations de la société civile canadiennes et européennes se sont également levées contre la tenue à huis clos des négociations relatives à l'AECG, contre les pouvoirs excessifs accordés aux investisseurs, la libéralisation accrue des services, la limitation du droit à réglementer et contre la réduction des normes de protection des consommateurs, entre autres problèmes identifiés.

Officiellement publié le 26 septembre dernier, l'AECG sera soumis au Conseil de l'Europe et aux Parlements européen et canadien pour ratification. Il semblerait que le Parlement européen ne soit pas en mesure d'examiner le texte avant fin 2015. S'il est finalement décidé, contre l'avis de la Commission européenne, que l'AECG est un accord mixte exigeant sa ratification par les parlements des 28 États membres de l'Union, il pourrait ne pas entrer en vigueur avant 2017.

L'AECG est considéré comme un modèle pour le Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement entre l'Union européenne et les États-Unis, qui est plus ambitieux.

Sentences et décisions

Les actionnaires de Yukos reçoivent des dommages et intérêts record dans deux procédures distinctes contre la Russie

Martin Dietrich Brauch

Dans deux procédures distinctes, les actionnaires de l'entreprise pétrolière et gazière russe OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos (Yukos), qui a cessé d'exister, ont reçu plus de 52 milliards de dollars de la Russie, en indemnisation des violations des dispositions relatives à l'expropriation et à l'application des procédures légales.

Le 18 juillet 2014, un tribunal de la CNUDCI, sous l'égide de la Cour permanente d'arbitrage (CPA) a ordonné à la Russie de payer plus de 50 milliards USD pour indemniser l'entreprise d'une expropriation, au titre du Traité de la Charte sur l'énergie (TCE). Deux semaines plus tard, le 31 juillet 2014, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a publié un jugement adopté à la majorité ordonnant à la Russie de payer plus de 1,86 milliards d'euros en indemnisation des violations de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après la Convention) et du Protocole n°1 à la Convention (ci-après le Protocole).

Bien que les dommages et intérêts demandés étaient bien plus élevés (2,36 fois plus élevés dans l'arbitrage relevant de la CPA et 20 fois plus dans le recours présenté à la CEDH), les montants accordés sont à ce jour les plus importants de l'histoire de l'arbitrage au titre d'un traité d'investissement et de la CEDH, respectivement. Les bénéficiaires directs de la sentence rendue par la CPA sont trois entreprises qui détiennent conjointement 70,5 % de Yukos. Le jugement de la CEDH bénéficiera à l'ensemble des actionnaires de Yukos au moment de sa liquidation.

Yukos, qui opère dans le secteur pétrolier et gazier, a été créée en tant que société par action en 1993 et privatisée en 1995 ; Yuganskneftegaz (YNG) était sa principale filiale de production. En 2002, Yukos était la première entreprise du secteur en Russie, et figurait parmi les 10 premières entreprises pétrolières et gazières au monde en termes de capitalisation boursière. Suite à une série de mesures adoptées par la Russie dès juin 2003, notamment des redressements fiscaux et des procédures d'application, Yukos a été déclarée en faillite en août 2006. Yukos a été biffée du registre des entreprises en novembre 2007 et ses actifs ont été nationalisés. Les entreprises d'État russes Gazprom et Rosneft ont acquis les actifs restants de Yukos.

Vous trouverez ci-après un résumé des jugements rendus dans le cadre des deux procédures.

Les décisions des tribunaux de la CPA

Hulley Enterprises Limited (Chypre) c. la Fédération de Russie (Affaire CPA n° AA 226)

Yukos Universal Limited (Île de Man) c. la Fédération de Russie (Affaire CPA n° AA 227)

Veteran Petroleum Limited (Chypre) c. la Fédération de Russie (Affaire CPA n° AA 228)

Le contexte et les demandes

L'on trouve, parmi les mesures russes qui auraient violé le TCE, les poursuites pénales contre l'entreprise et ses dirigeants : Mikhail Khodorkovsky (PDG de Yukos et soutien des partis d'opposition russes), Platon Lebedev (Directeur de deux des entreprises demanderesse) et Vasily Shakhovskiy (Président de Yukos-Moscou) ont été inculpés et condamnés pour détournement, fraude, falsification et évasion fiscale. Afin d'échapper à des accusations similaires, d'autres dirigeants ont fui la Russie, comme par exemple Leonid Nevzlin (Vice-président du Conseil d'administration de Yukos).

Au cours des arbitrages, la Russie a fait référence à Khodorkovsky, Lebedev, Nevzlin et à d'autres comme à des oligarques – les propriétaires individuels des entreprises demanderesse – et souligné qu'ils étaient impliqués dans des activités illégales. La Russie a qualifié Yukos « d'entreprise criminelle » coupable de détournement, d'évasion fiscale par l'abus des zones à la fiscalité réduite, de fraude fiscale et de montages visant à contourner l'application de privilèges fiscaux, ainsi que de montages de prix de transfert visant à contourner les procédures de la vente de pétrole à des entreprises écrans offshore détenues par les « oligarques ».

Selon les demandeurs, la Russie avait également imposé à Yukos des redressements fiscaux, le paiement de la TVA, des amendes et le gel de ses actifs ; elle avait également menacé de révoquer ses licences, avait annulé sa fusion avec l'entreprise pétrolière russe Sibneft, et l'avait forcé à la vendre à YNG. Les demandeurs avançaient que ces mesures, en plus du harcèlement dont les dirigeants de Yukos étaient victimes, représentaient une violation de la norme de traitement juste et équitable (TJE) au titre de l'article 10 (1) du TCE, ainsi qu'une expropriation indirecte au titre de l'article 13 (1) du TCE.

La décision intérimaire sur la compétence

Dans une décision intérimaire du 30 novembre 2009, le tribunal accepta sa compétence et se prononça sur les points suivants.

Application provisoire. L'article 45 (1) du TCE oblige les signataires à appliquer provisoirement le traité en attendant sa ratification. La Russie a signé le TCE le 17 décembre 1994, mais ne l'a jamais ratifié. Le 20 août 2009, au cours de la procédure, la Russie a notifié au depositaire son intention de ne pas ratifier le traité. Le tribunal détermina que le TCE s'appliquait provisoirement à la Russie dès la date de la signature et jusqu'au 18 octobre 2009 (soit 60 jours après la notification). Il jugea également que les investissements

réalisés en Russie pendant la période d'application provisoire bénéficieraient de la couverture du TCE pendant 20 ans, c'est-à-dire jusqu'au 19 octobre 2029. La notification de la Russie n'avait donc aucun effet sur la compétence du tribunal.

La Russie argua qu'elle ne pouvait appliquer provisoirement que les dispositions du traité qui sont conformes au droit russe, et que les dispositions relatives au règlement des différends ne le sont pas. Le tribunal considéra toutefois que « le Traité devait soit s'appliquer provisoirement dans sa totalité, soit ne pas s'appliquer du tout » (para. 311). En outre, il conclut que l'application provisoire dépendait du fait que le principe d'application provisoire lui-même fut conforme ou non à la législation nationale de l'État. Le tribunal détermina que c'était le cas.

Les demandeurs sont des « investisseurs ». La Russie prétendait que les demandeurs, c'est-à-dire les entreprises détenues et gérées par des russes, ne pouvaient être considérés comme des investisseurs. Faisant référence à l'affaire *Plama c. la Bulgarie* au titre du TCE, le tribunal détermina que les demandeurs étaient établis en vertu du droit de Chypre, un pays partie au TCE, et donc qu'ils étaient investisseurs, quelle que soit la nationalité de leurs propriétaires ou gérants.

Le refus d'accorder des avantages. Au titre de l'article 17 (1) du TCE, un État peut refuser d'accorder des protections importantes du traité à une entité si celle-ci ne réalise pas d'activités commerciales substantielles dans le pays où elle est enregistrée. La Russie avança qu'elle avait exercé ce droit au titre de l'Accord de partenariat et de coopération conclu en 1994 avec l'Union européenne, qui prescrit que les entreprises dont le siège social est situé dans un pays peuvent être considérées comme une entreprise de ce pays seulement si elles ont des relations réelles et continues avec l'économie de ce pays. Le tribunal considéra cependant que, puisque l'Accord de 1994 et le TCE ne se faisaient pas mutuellement référence, la Russie ne pouvait exercer ce droit.

L'option irrévocable. L'article 26 (3)(b)(i) du TCE contient une clause d'option irrévocable : les États figurant dans la liste contenue à l'annexe ID (notamment la Russie) ne donnent pas leur consentement à l'arbitrage si l'investisseur a précédemment soumis sa demande à d'autres instances de règlement des différends. La Russie s'opposa à la compétence du tribunal, mentionnant les autres procédures lancées par les oligarques auprès des tribunaux russes et auprès de la CEDH. Le tribunal conclut toutefois que l'objection de la Russie ne satisfaisait pas au test de la « triple identité » : « l'identité des parties, la cause du recours et l'objet du différend » (para. 592).

Des objections à la compétence dans la décision finale

Le tribunal avait reporté à la phase de l'examen quant au fond deux questions juridictionnelles : (a) déterminer si les méfaits des demandeurs leurs faisaient perdre la

protection du TCE (l'objection des « mains sales ») ; et (b) déterminer si le tribunal avait compétence sur les demandes relatives aux autres « mesures fiscales » que celles basées sur les impôts expropriateurs (l'objection au titre de l'article 21).

L'objection des mains sales

Dressant la liste de 28 exemples d'allégations de « conduite illégale et de mauvaise foi » de la part des demandeurs, la Russie avança que les demandeurs menaient « une entreprise criminelle », entraînant l'absence de compétence du tribunal, la non recevabilité des demandes, ou la perte des protections importantes du TCE.

Selon les demandeurs, leur inconduite présumée ne pouvait avoir d'effets sur l'arbitrage pour trois raisons : le principe des « mains sales » ne figure pas dans le TCE ; il ne s'agit pas non plus d'un principe général de droit ; et leur méconduite représenterait tout au plus des « illégalités collatérales ». Ces arguments ont orienté l'analyse du tribunal.

Invoquant l'affaire *Plama c. la Bulgarie* au titre du TCE, le tribunal était d'accord sur le fait que les dispositions importantes du traité ne s'appliquaient pas aux investissements réalisés de manière illégale, même en l'absence de libellé en ce sens. Puisque le traité cherche à encourager les investissements légaux réalisés de bonne foi, les investissements réalisés autrement ne pouvaient en bénéficier.

La Russie argua que cela concernait non seulement les illégalités relatives à la réalisation de l'investissement, mais aussi à sa performance. Le tribunal n'était toutefois pas convaincu, car le fait de nier aux demandeurs leur droit à lancer un arbitrage saperait l'objet et le but du TCE.

Il n'était pas persuadé non plus que la doctrine des « mains sales » constitue un principe général de droit, et convint avec les demandeurs que la Russie n'avait pas réussi à citer une décision majoritaire dans laquelle le principe était appliqué et utilisé pour empêcher un recours.

Le tribunal considéra que seules les illégalités relatives à la réalisation de l'investissement pouvaient empêcher un recours au titre du TCE, et pas celles relatives à sa performance. Après avoir analysé les allégations d'illégalités dans l'acquisition de Yukos, le tribunal indiqua qu'elles n'avaient pas été réalisées par les demandeurs eux-mêmes, mais par les oligarques et d'autres parties-prenantes, avant que les demandeurs ne deviennent actionnaires de Yukos, et qu'elles n'étaient pas suffisamment connectées aux transactions qui consolidaient l'investissement des demandeurs. S'il a rejeté cette objection à sa compétence, le tribunal a reconnu que les allégations d'illégalités pourraient avoir des effets sur la responsabilité et sur le montant des dommages et intérêts.

L'objection au titre de l'article 21

La Russie avança que, au titre de l'article 21 du TCE, les « mesures fiscales » en général étaient exclues de la compétence du tribunal, mais ce même article prescrivait une « réintroduction » étroite des « impôts expropriateurs » dans la compétence du tribunal, à l'exclusion des autres « mesures fiscales » qui seraient expropriatrices ». Aussi, la Russie argua que le tribunal n'avait compétence que sur les demandes concernant les impôts expropriateurs. Puisque les mesures contestées n'étaient pas des impôts, mais plus généralement des mesures fiscales, le tribunal ne devrait pas avoir compétence. Ce dernier n'était pas d'accord sur le fait que la dérogation était large et la réintroduction étroite : à supposer que la dérogation relative aux mesures fiscales s'applique, toute mesure exempte serait quand même couverte par la réintroduction de l'expropriation.

En outre, le tribunal convint avec les demandeurs que les actions de la Russie représentaient des « mesures sous le couvert de la fiscalité » visant à mettre Yukos en faillite, à s'appropriier ses actifs et à atteindre politiquement son PDG. Le tribunal fit référence aux conclusions similaires des affaires *RosInvestCo c. la Russie* et *Quasar c. la Russie*, et détermina que la dérogation ne s'appliquait pas, et donc qu'il avait compétence.

Les attentes raisonnables et l'expropriation indirecte

Selon le tribunal, les demandeurs auraient dû s'attendre à ce que leurs opérations d'évasion fiscale entraînent des réactions négatives de la part de la Russie, mais pas à ce que celles-ci soient aussi extrêmes. Le tribunal considéra que les mesures russes avaient un effet équivalent à l'expropriation, et décida d'analyser les éléments de l'expropriation illégale au titre de l'article 10 du TCE.

D'abord, le tribunal remit en doute le fait que l'expropriation de « la principale entreprise pétrolière russe et plus gros contribuable russe » soit dans l'intérêt public, soulignant que c'était dans l'intérêt de l'entreprise pétrolière d'État Rosneft, ce qui n'est pas la même chose (para. 1581).

Ensuite, il considéra que le traitement de Yukos pouvait être discriminatoire, mais ne voyait pas pourquoi il devait se pencher sur la question.

Troisièmement, si Yukos avait été soumis à des procédures juridiques, le tribunal considéra que l'expropriation n'était pas « menée selon les procédures légales » compte tenu du traitement sévère accordé aux dirigeants et conseillers de Yukos. Le tribunal alla jusqu'à affirmer que les tribunaux russes, dans leur jugement de Khodorkovsky et de Lebedev, « s'étaient pliés à la volonté des autorités russes de mettre Yukos en faillite, d'assigner ses actifs à une entreprise d'État, et d'incarcérer un homme en voie de devenir un concurrent politique » (para. 1583).

Finalement, compte tenu que Yukos avait été expropriée sans indemnisation, le tribunal considéra que la Russie avait violé ses obligations au titre de l'article 13 du TCE, et était donc responsable au titre du droit international, et qu'il n'était pas nécessaire d'examiner si le pays avait violé l'article 10 du TCE sur le traitement juste et équitable.

Faute contributive

Le tribunal examina ensuite si l'indemnisation devait être réduite compte tenu de la méconduite des demandeurs, et dans quelle mesure, sur la base du principe juridique de la faute contributive. Il détermina que, parmi les nombreuses méconduites des demandeurs, seul le fait d'avoir profité abusivement des régions à la fiscalité réduite et du traité fiscal Chypre-Russie amoindriait la responsabilité de la Russie, contribuait au préjudice que les demandeurs avaient subi et devait donc entraîner une réduction du montant des dommages et intérêts accordés.

Prenant note de la difficulté de déterminer la mesure et la part de la faute de chacune des parties, le tribunal fit référence à deux affaires précédentes : la commission d'annulation dans *MTD c. le Chili* et *Occidental c. l'Équateur*. Le tribunal de l'affaire *Occidental* (présidé par Yves Fortier, comme les tribunaux d'arbitrage des affaires relatives à Yukos) avait déterminé que la faute contributive des demandeurs donnait lieu à une réduction de 25 %. « Après avoir considéré et pesé l'ensemble des arguments » et « en exerçant sa grande discrétion », le tribunal convint qu'en l'espèce, une réduction de 25 % représentait une part « juste et raisonnable » de responsabilité (para. 1637).

Les intérêts

Les demandeurs avaient proposé trois taux d'intérêt, mais le tribunal les rejeta tous. Il considéra que le LIBOR avait été « discrédité », que le rendement des bons souverains russes entraînerait une « indemnisation excessive » (para. 1679), et que le taux préférentiel des États-Unis n'était pas approprié puisque rien ne prouvait que les demandeurs aient dû emprunter de l'argent suite à leur expropriation.

Le tribunal s'appuya sur l'affaire *Santa Elena c. le Costa Rica* (dont le tribunal était présidé par Yves Fortier, comme les tribunaux d'arbitrage des affaires relatives à Yukos), qui soutenait l'utilisation d'un taux basé sur le montant des intérêts dus si l'indemnisation avait été payée juste après l'expropriation : il s'agit de « l'approche des alternatives à l'investissement ». Un taux basé sur les taux des bons du Trésor étasuniens sur 10 ans a été considéré comme approprié par le tribunal « dans l'exercice de sa discrétion » (para. 1685). Tout en reconnaissant que l'intérêt composé était plus fréquent dans l'arbitrage investisseur-État, il considéra comme « juste et raisonnable » d'accorder un intérêt simple préalable à la sentence et un intérêt annuel composé postérieur à la sentence, si la Russie ne payait pas complètement les dommages et les coûts dans la période de grâce de 180 jours (para. 1689).

La quantification du montant des dommages

Les demandeurs avancèrent que l'expropriation avait eu lieu le 21 novembre 2007, lorsque Yukos avait cessé d'exister légalement, mais le tribunal considéra que l'entreprise avait été rayée des registres le 19 décembre 2004, soit la date de la vente aux enchères forcée d'YNG. S'appuyant sur l'affaire *Kardassopoulous et Fuchs c. la Géorgie* et sur d'autres décisions, le tribunal considéra que, ayant subi une expropriation illégale, les demandeurs pouvaient choisir une évaluation basée sur la date de l'expropriation ou sur la date de la sentence.

S'agissant de la causalité, le tribunal considéra que sans les redressements fiscaux et les autres mesures d'application, les demandeurs n'auraient pas subi de dommages. La Russie suggéra que les demandeurs auraient pu limiter leurs dommages, mais le tribunal conclut que, même si les demandeurs avaient payé les impôts et produit des déclarations fiscales, la Russie aurait quand même pris les mesures d'application visant à mettre Yukos en faillite.

Selon lui, les demandeurs avaient droit à trois titres de dommages : la valeur de leurs parts, la valeur des dividendes perdus, et l'intérêt simple préalable à la sentence appliqué aux deux éléments précédents.

Les demandeurs présentèrent huit méthodes d'évaluation, donnant lieu à un montant situé entre 74 milliards USD et 129 milliards USD. Finalement, le tribunal choisit comme base le montant résultant de la méthode des « entreprises comparables » adjointe de quelques corrections de la Russie.

Exerçant une fois de plus sa discrétion, le tribunal fixa le montant des dividendes à la moyenne approximative située entre les chiffres présentés par les demandeurs et ceux présentés par la Russie. Il arriva à un montant rond de dividendes de 2,5 milliards USD pour 2004, et de 45 milliards USD pour les années 2004 à mi-2014.

Le tribunal fixa donc le montant total des dommages à 21,988 milliards USD pour la date de l'expropriation, et à 66,694 milliards USD à la date de la sentence, fixée au 30 juin 2014. Ne retenant que le montant le plus élevé, et le réduisant des 25 % correspondant à la faute contributive, le tribunal fixa le montant des dommages à 50 020 867 798 USD, devant être réparti entre les demandeurs en fonction de leurs parts dans Yukos.

Les coûts

Les coûts d'arbitrage et les dépenses représentaient 8 440 000 d'euros. La Russie, qui avait déjà déposé 4,2 millions d'euros pour les coûts auprès de la CPA, a été condamnée à rembourser les 4,2 millions déposés par les demandeurs.

Les demandeurs indiquèrent que leurs frais de représentation juridique s'élevaient à 79 628 055,56 USD pour la phase juridictionnelle, plus 1 066 462,10 £ pour la phase de l'examen quant au fond. « En exerçant sa

discrétion », le tribunal considéra qu'il était « juste et raisonnable » que la Russie rembourse 60 millions USD de frais aux demandeurs, notant que cela représentait environ 75 % des coûts prévus (para. 1887).

Arrêt de la CEDH sur la satisfaction équitable

Affaire OAO NEFTYANAYA KOMPANIYA YUKOS c. La Russie (requête no. 14902/04)

Recours et arrêt principal

Dans sa requête du 23 avril 2004, Yukos se plaignait du fait que la Russie, en réalisant une procédure accélérée de redressement fiscal, en imposant des pénalités disproportionnées et en les appliquant à l'entreprise au début des années 2000, violait le droit de Yukos à l'application régulière du droit au titre de la Convention et l'avait illégalement privée de ses biens, en violation du Protocole.

Dans son arrêt principal du 20 septembre 2011, le tribunal a déterminé à la majorité que le recouvrement fiscal n'avait pas laissé suffisamment de temps à Yukos pour préparer son dossier, en violation du droit à un procès équitable au titre de l'article 6 de la Convention. Le tribunal détermina également que l'imposition de pénalités fiscales et leur calcul violaient l'article 1 du Protocole, qui garantit le droit au respect des biens et protège de l'expropriation abusive, tout en réservant le droit de l'État d'appliquer ses lois pour contrôler la propriété et pour veiller au paiement des impôts et des pénalités. En outre, la Cour affirma que la procédure d'application violait le même article, puisque les autorités russes « n'avaient pas ménagé un juste équilibre entre le but légitime poursuivi et les mesures employées » (para. 7).

L'article 41 de la Convention précise que, si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, elle « accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable ». À ce titre, Yukos réclamait 37 981 000 000 d'euros en dommages pécuniaires. Dans l'arrêt principal, la Cour a décidé à l'unanimité que la question relevant de l'article 41 ne pouvait être tranchée, et l'a reporté. Elle s'est finalement prononcée sur la question dans son arrêt du 31 juillet 2014.

Dommages pécuniaires

Sur la base d'une évaluation de la valeur de l'entreprise en date du 19 décembre 2004 réalisée par un expert, Yukos estimait avoir subi une perte directe de 37 981 000 000 d'euros, sans compter le paiement d'intérêts. La Russie avançait que Yukos n'avait aucune valeur compte tenu de la gestion fiscale frauduleuse et des risques juridiques subséquents.

La Cour s'est penchée sur trois titres de dommages, basés sur chacune des violations identifiées dans son arrêt principal : (i) la violation de l'article 6 de la Convention ; (ii) la violation de l'article 1 du Protocole comte tenu de l'imposition rétroactive des pénalités fiscales pour les années 2000 et 2001 ; et (iii) la

violation de l'article 1 du Protocole compte tenu de la disproportionnalité de la procédure de redressement. La Cour s'est ensuite prononcée sur la méthode de distribution des dommages-intérêts.

Violation de l'article 6 de la Convention

La Cour a remarqué que la violation découlait de la hâte avec laquelle les juridictions russes avaient conduit la procédure de recouvrement fiscal. Puisqu'elle ne pouvait spéculer sur l'issue qu'aurait connue la procédure si la violation de la Convention ne s'était pas produite, la Cour décida de n'octroyer aucune indemnité à ce titre.

Violation de l'article 1 du Protocole compte tenu de l'imposition rétroactive des pénalités fiscales

La Cour a rappelé que dans son jugement principal, elle avait déterminé que les pénalités découlant du redressement fiscal pour l'an 2000 violaient l'article 1 du Protocole, tout comme une partie des pénalités découlant du redressement pour l'année 2001. Puisque Yukos avait payé ces montants au cours de la procédure d'application, la Cour considéra qu'ils représentaient une perte pécuniaire évidente ouvrant droit à une indemnisation au titre de l'article 41 de la Convention et conformément au principe de *restitutio in integrum*, établi dans la jurisprudence de la Cour. Elle ajouta que puisque les pénalités originales étaient abusives, les 7 % de frais de recouvrement imposés par la Russie l'étaient aussi.

La Cour s'est donc basée sur le montant total des pénalités pour l'année 2000 et sur la moitié pour l'année 2001. À chaque montant, elle a ajouté 7 % représentant les frais de recouvrement. Elle a ensuite converti ces montants de roubles en euros selon le taux de change à la date estimative de paiement. Finalement, elle a ajusté ces montants avec le taux d'inflation de 12,62 % pour l'euro entre la date de paiement et la date de l'arrêt. Le montant en résultant est de 1 299 324 198 euros.

Violation de l'article 1 du Protocole compte tenu de la disproportionnalité de la procédure de redressement

Yukos avançait qu'elle aurait pu survivre à la procédure de redressement qui a entraîné la vente d'YNG si celle-ci avait été menée légalement. Même si elle ne pouvait arriver à la même conclusion, la Cour souligna que la procédure abusive contribuait largement à la disparition de l'entreprise et entraînait des dommages pécuniaires ouvrant droit à une indemnisation au titre de l'article 41 de la Convention.

Les frais de recouvrement de 7 % appliqués pour les années 2000 à 2003 entraînaient un montant « complètement disproportionné au montant des dépenses de redressement qui aurait pu être dû ou payé » (arrêt principal, para. 655). « Réalisant une évaluation raisonnable des frais de redressement et tenant compte des communications des parties », la Cour a accepté le chiffre avancé par la Russie, déterminant que « pour satisfaire aux exigences de proportionnalité, les frais de redressement auraient dû être ramenés à 4 % » (para. 32).

Afin d'éviter une double indemnisation, la Cour a considéré le montant total des frais de redressement payé au taux de 7 % et en a déduit du montant payé sur la partie abusive des pénalités pour les années 2000 et 2001. Elle a ensuite déduit le montant des frais calculés à 4 %, c'est-à-dire le taux considéré comme raisonnable par la Cour, arrivant ainsi à un montant de pertes pécuniaires ajusté de l'inflation de 566 780 436 euros.

Méthode de distribution de l'arrêt

Compte tenu de la liquidation de Yukos, le demandeur demandait à la Cour de déterminer que le montant total de dommages-intérêts soit payé à la Yukos International Foundation (YIF), entité créée pour payer les créanciers de Yukos et distribuer les fonds à ses actionnaires. La Russie argua que la Cour n'avait pas compétence pour déléguer à YIF le pouvoir d'octroyer la satisfaction équitable. Elle indiqua que les bénéficiaires de YIF étaient anonymes, qu'il y avait un risque de double indemnisation puisque certains actionnaires avaient entamé des procédures parallèles, et que la redistribution par YIF pourrait ne pas représenter l'intérêt de tous les actionnaires.

La Cour rejeta la suggestion de Yukos, n'ayant pas de preuve des bénéficiaires de l'arrêt si celui-ci était payé à YIF. Considérant que l'entreprise Yukos n'existait plus, elle ordonna à la Russie de payer les dommages aux « actionnaires de l'entreprise et à leurs successeurs et héritiers légaux, le cas échéant, en proportion de leur participation nominale aux parts de l'entreprise » au moment de la liquidation de l'entreprise, sur la base des registres officiels (para. 38).

La Russie avait souligné que les responsables et les actionnaires qui avaient incité Yukos à réaliser des opérations d'évasion fiscale et en avaient bénéficié ne devaient pas être indemnisés. La Cour ne voyait pas pourquoi il fallait réduire le montant de l'arrêt pour ces raisons, puisque Yukos avait déjà été reconnue coupable de fraude fiscale.

La Russie avait également avancé qu'aucune indemnisation ne devait être payée suite à l'invalidation des pénalités, puisqu'au moment de la liquidation, Yukos devait encore environ 8 milliards USD à la Russie. La Cour nota que la dette en suspens de Yukos était au moins en partie attribuable à la décision des autorités russes, qui avaient préféré inciter Yukos à vendre ses actifs, en assumant le risque qu'elle serait peut-être dans l'incapacité de payer sa dette. Rejetant l'argument russe, la Cour nota que la procédure de redressement et de liquidation de 2007 mettait fin à toutes les dettes que Yukos aurait pu avoir à l'époque.

Pour répondre à la référence faite par la Russie aux procédures parallèles, la Cour reconnut que les tribunaux d'investissement avaient rendus deux arrêts finaux, en 2010 et 2012, dans des recours présentés par des actionnaires minoritaires. La Cour remarqua toutefois que le dossier de l'affaire ne contenait aucune information concernant l'exécution de ces arrêts. La Cour considéra

également que la référence faite par la Russie aux procédures au titre de la CPA n'était pas pertinente, puisque ces procédures étaient toujours en cours.

Préjudice moral

Conformément à la communication de Yukos qui n'a pas été contestée par la Russie, la Cour considéra que le fait d'avoir déterminé qu'il y avait violation de la Convention et du Protocole constituait la satisfaction équitable suffisante pour compenser le préjudice moral.

Coûts et intérêts

Yukos réclamait un paiement d'environ 6,1 millions d'euros pour les frais et dépenses liés à la procédure. Compte tenu des documents au dossier et s'appuyant sur sa jurisprudence, la Cour détermina qu'il était raisonnable d'accorder à Yukos un montant forfaitaire de 300 000 euros. Elle jugea également que le taux d'intérêt par défaut serait le taux de prêt marginal de la Banque centrale européenne majoré de 3 points.

Remarques :

- Le tribunal de la CPA était composé d'Yves Fortier (président), Charles Poncet (nommé par le demandeur) et Stephen Schwebel (nommé par le défendeur). Les trois arrêts finaux, ainsi que les trois décisions rendues le 30 novembre 2009 sur la compétence et la recevabilité sont disponibles sur http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1599.
- Pour de plus amples informations sur la question et sur la logique juridique sous-tendant les décisions de la CPA, et les difficultés liées à l'exécution, voir une édition précédente d'ITN disponible sur <http://www.iisd.org/itn/2014/09/04/yukos-v-russia-issues-and-legal-reasoning-behind-us50-billion-awards>. La CEDH s'est réuni en chambre composée de Christos Rozakis (Président) ; Dean Spielmann, Nina Vajiš, Khanlar Hajiyev, Sverre Erik Jebens et Giorgio Malinverni (juges) ; et Andrey Bushev (juge ad hoc). L'arrêt sur la satisfaction équitable du 31 juillet 2014 est disponible sur <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145730> (uniquement en anglais). L'arrêt principal préalable du 20 septembre 2011 (rectifié le 17 janvier 2012, et sa version finale du 8 mars 2012) est disponible sur <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-106308> (uniquement en anglais).

Un comité du CIRDI refuse d'annuler un arrêt selon lequel l'Argentine a violé son obligation de traitement juste et équitable

El Paso Energy International Company c. la République d'Argentine, Affaire CIRDI n° ARB/03/15

Matthew Levine

Un comité d'annulation du CIRDI a rejeté la demande de la République argentine visant à annuler un arrêt d'environ 43 millions USD en faveur d'une entreprise des États-Unis, El Paso Energy International Company. Le comité d'annulation a rejeté l'argument de l'Argentine

selon lequel l'arrêt s'appuyait excessivement sur la notion de violation rampante de la norme de Traitement juste et équitable du TBI Argentine-États-Unis.

Le contexte

El Paso est une entreprise d'énergie basée à Houston et qui a investi dans un ensemble d'entreprises argentines fournissant des services liés au gaz. Suite à une crise financière en Argentine, El Paso a lancé un arbitrage investisseur-État en lien, notamment, avec la conversion forcée en peso de plusieurs contrats conclus en dollars entre ses investissements et des filiales de l'État.

Le 21 octobre 2011, un tribunal du CIRDI composé de Piero Bernardini, Brigitte Stern et Lucius Caflisch a émis un arrêt de 43,03 millions USD (plus intérêts composés) en faveur de El Paso. L'arrêt déterminait notamment que l'ensemble des réponses de l'Argentine à la crise avait donné lieu à une forme "rampante" de traitement injuste. Et ce malgré le fait que le tribunal avait rejeté toutes les demandes d'El Paso relatives à ses attentes légitimes frustrées.

Le 28 février 2012, le CIRDI a reçu la demande en annulation de l'Argentine. Le 22 mai 2012, un comité ad hoc composé de Teresa Cheng, Rolf Knieper et Rodrigo Oreamuno était mis en place.

Violation rampante de la norme de traitement juste et équitable

L'Argentine arguait que le tribunal avait créé une nouvelle norme : « tout comme l'on peut parler d'expropriation rampante, il peut également y avoir des violations rampantes de la norme TJE ».

L'Argentine prétendait en outre que le tribunal avait eu recours à l'article 15 des projets d'articles de la CDI, incluant le concept de faits composites. De plus, l'Argentine soulignait que le TBI « .. ne [contenait] pas de norme condamnant la réalisation d'une série d'actes légaux ou la réalisation de violations rampantes de la norme de traitement juste et équitable, et [que] le Tribunal [n'avait] pas les compétences législatives pour les créer ».

Le comité examina les arguments argentins à la lumière des trois motifs pertinents d'annulation : l'excès manifeste des pouvoirs, l'absence de motivation, et l'écart majeur d'une règle fondamentale de procédure.

S'agissant du premier, le comité détermina que « ce que le Tribunal [avait] fait dans l'arrêt était une interprétation du traitement juste et équitable du TBI en lien avec les faits de l'affaire, sur la base de décisions [rendues dans des affaires précédentes] ». Le comité considéra en outre que le simple fait de mentionner le concept de violation rampante du traitement juste et équitable n'était pas ce qui avait motivé la condamnation.

S'agissant de l'absence de motivation, le comité a reconnu que l'Argentine avait raison en avançant que la violation rampante du traitement juste et équitable était

une "création judiciaire". Il a toutefois considéré qu'une telle création judiciaire était, dans le meilleur des cas, le contraire d'une absence de motivation.

Et s'agissant de l'écart majeur d'une règle fondamentale de procédure, le comité a manifesté d'emblée son soutien à la position adoptée par les comités précédents selon laquelle la violation en question devait avoir des effets sur le résultat de l'arrêt. L'Argentine arguait que, en sanctionnant une violation rampante du TJE, le tribunal affectait la certitude juridique en s'éloignant gravement des règles fondamentales de procédure. Cet argument a été rejeté au motif que l'Argentine n'avait pas identifié la règle spécifique de procédure en question.

L'analyse de la nécessité : la relation entre le traité et la pratique

L'Argentine identifiait également une série de lacunes dans le traitement de la nécessité par le tribunal : celui-ci avait ignoré les preuves apportées par l'Argentine quant à la nature évidente des dispositions du traité ; il n'avait pas examiné la défense de l'Argentine reposant sur le droit coutumier international et il n'avait pas appliqué les dispositions relatives aux mesures d'urgences non-discriminatoires contenues dans le TBI.

S'agissant de l'argument de l'Argentine selon lequel le tribunal avait ignoré les preuves relatives à la nature évidente de l'article XI du TBI, le comité remarqua que : premièrement, le tribunal disposait du pouvoir exclusif de déterminer la valeur probante de tout élément, et qu'une décision de minimiser l'importance d'une preuve ou de la rejeter comme étant sans rapport n'indiquait pas que la preuve n'avait pas été examinée ; et que deuxièmement, le tribunal avait évalué la preuve à la lumière de la Convention de Vienne sur le droit des traités. L'on ne pouvait donc pas dire que le tribunal avait manifestement excédé ses pouvoirs ou n'avait pas motivé sa décision.

S'agissant de la défense de l'Argentine fondée sur le droit coutumier international, le comité observa que le tribunal avait considéré la clause d'exception de l'article XI du TBI comme une *lex specialis* et qu'à ce titre, il avait considéré qu'une telle défense ne pourrait s'appliquer que si la défense fondée sur le traité ne pouvait s'appliquer. Puisque le tribunal avait jugé que la défense fondée sur le traité pouvait s'appliquer, le comité considéra que la décision du tribunal de ne pas examiner la défense fondée sur le droit coutumier international était suffisamment fondée pour ne pas représenter un excès manifeste de pouvoir.

S'agissant de l'article IV (3) du TBI, si les arbitres d'autres affaires du CIRDI avaient interprété une disposition similaire de manière différente, le comité ad hoc nota que le tribunal de l'affaire El Paso n'était pas lié par la jurisprudence, et pouvait librement donner sa propre interprétation de la disposition (et finalement considérer qu'elle ne s'appliquait pas à l'affaire en question).

Compétence : distinction entre les investissements directs et les investissements indirects

Le comité a également examiné la demande en annulation par l'Argentine motivée par des erreurs dans les conclusions du tribunal concernant sa compétence.

Il faut noter que l'Argentine avançait que le tribunal avait « amendé » la demande d'El Paso visant à obtenir le remboursement des investissements directs et indirects, afin de la rendre viable. Le comité considéra toutefois que l'Argentine n'avait pas montré comment le tribunal avait amendé la demande d'El Paso, et qu'il ne pouvait donc pas reconnaître que le tribunal avait manifestement excédé ses pouvoirs.

L'Argentine prétendait également que le tribunal n'avait pas motivé sa décision de reconnaître sa compétence sur les contrats et les licences détenues par les entreprises argentines, elles-mêmes partiellement détenues par El Paso, c'est-à-dire des investissements indirects d'El Paso. Le comité jugea néanmoins qu'une telle demande ne pouvait être reçue puisqu'elle impliquerait soit d'analyser le fond ou de juger de prétendues erreurs sur le fond.

Les dommages et intérêts : référence à l'affaire Chorzow Factory

Finalement, l'Argentine arguait que le tribunal, en s'appuyant sur la norme de l'affaire *Chorzow Factory* pour déterminer le montant des dommages-intérêts avait manifestement excédé ses pouvoirs puisque la jurisprudence ne constitue pas une source de droit international.

Le comité observa cependant que puisque le TBI ne disait rien quant aux normes applicables pour le calcul des dommages, le tribunal avait toute discrétion à ce sujet. En outre, si la jurisprudence n'est pas en soi une source de droit international, elle pouvait quant même être utilisée pour sous-tendre un raisonnement.

Le comité était composé de Mme Teresa Cheng, M. Rolf Knieper et M. Rodrigo Oreamuno (Président).

La décision est disponible sur : http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4007_0.pdf

Ressources et événements

Ressources

Le guide de l'IIDD pour la négociation de contrats d'investissement pour les terres arables et l'eau

Par Carin Smaller, publié par l'Institut international pour le développement durable, novembre 2014

Le Guide de l'IIDD pour la négociation de contrats d'investissement pour les terres arables et l'eau est un instrument juridique et politique destinés aux gouvernements et aux communautés impliquées dans les négociations de contrats d'investissement avec les investisseurs étrangers. Il met l'accent sur un type particulier de contrat concernant les locations à long-terme de terres arables. La première partie, *Préparer les négociations*, vise à aider les parties-prenantes dans la phase préparatoire. La deuxième partie, *Un modèle de contrat*, se présente comme un contrat d'investissement pour la location de terres arables et propose des modèles de dispositions. Ce guide de l'IIDD apporte une réponse proactive au phénomène de l'accaparement des terres qui, depuis quelques décennies, affecte de nombreux pays en Afrique subsaharienne et en Asie du Sud-est et par lequel un nombre sans-précédent d'investisseurs étrangers acquiert des terres dans les pays en développement afin d'en tirer des profits personnels, souvent au détriment des paysans et des éleveurs pauvres. Le guide est disponible sur : <http://www.iisd.org/publications/iisd-guide-negotiating-investment-contracts-farmland-and-water>

L'investissement étranger dans le secteur de l'énergie : équilibrer les intérêts publics et privés

Édité par Eric De Brabandere et Tarcisio Gazzini, publié par Brill, juin 2014

Les investissements étrangers réalisés dans le secteur de l'énergie soulève d'importantes questions juridiques, qui exigent souvent un équilibre entre les intérêts privés et publics des différentes parties-prenantes. *L'investissement étranger dans le secteur de l'énergie : équilibrer les intérêts publics et privés* lance le débat sur la protection juridique des investissements étrangers dans les principaux segments du secteur de l'énergie (à savoir le pétrole, le gaz, les mines et l'hydroélectricité), tant en termes de fonds que de procédure. La deuxième partie de l'ouvrage se centre sur le Traité sur la Charte de l'énergie, de loin l'instrument juridique international le plus important en ce qui concerne le secteur de l'énergie, et son avenir après la décision de la Fédération de Russie de ne pas le ratifier. La troisième partie examine les quatre domaines essentiels souvent affectés négativement par les activités économiques des entreprises multinationales dans le secteur de l'énergie que sont le respect des normes relatives à la sécurité et au travail, la protection de l'environnement, le respect des droits des peuples autochtones et la protection de la santé publique. L'ouvrage peut être commandé sur : <http://www.brill.com/products/book/foreign-investment-energy-sector>

Lever le voile sur les entreprises d'État dans l'arbitrage international

Par Albert Badia, publié par Wolters Kluwers, mars 2014

Les entreprises d'État sont distinctes et juridiquement indépendantes de l'État, et devraient donc être traitées comme n'importe quelle entreprise privée : sans plus de passe-droits ou d'obstacles. Toutefois, les archives de l'arbitrage international montrent que le voile de l'entité des entreprises d'État n'a que trop rarement, voire jamais été levé. Cet ouvrage important examine la situation, et fait un grand pas vers la définition de circonstances que les règles du droit international devront peut être autoriser pour lever ce mystère. Pour savoir dans quelle mesure les États peuvent être tenus responsables des actions de leurs entreprises, et quels principes devraient s'appliquer, l'auteur met l'accent sur la théorie de l'attribution de l'État, concluant finalement que s'agissant des entreprises détenues ou contrôlées par les États, la levée du voile constitue une forme particulière d'attribution. L'ouvrage peut être commandé sur : <http://www.kluwerlaw.com/Catalogue/titleinfo.htm?ProdID=9041151621>

Les fondations du droit international des investissements : mettre la théorie en pratique

Édité par Zachary Douglas, Joost Pauwelyn et Jorge E. Viñuales, Oxford University Press, mai 2014

Le droit international des investissements est l'un des domaines du droit international qui évoluent le plus rapidement. Il a donné naissance à des milliers d'accords, principalement des contrats d'investissement et des traités bilatéraux d'investissement.

Les deux dernières décennies ont également connu une croissance exponentielle du nombre de différends réglés par des tribunaux arbitraux. Les principes juridiques sous-tendant le droit international des investissements et de l'arbitrage restent cependant en pleine mutation. Le meilleur exemple de ce phénomène est l'important désaccord entre les tribunaux d'investissement quant à certains concepts clé au cœur du régime, tel que l'investissement, la propriété, les pouvoirs réglementaires, la portée de la compétence, le droit applicable, ou les interactions avec d'autres domaines du droit international. Cet ouvrage cherche à revisiter les fondations conceptuelles afin de mettre en lumière les pratiques du droit international des investissements. Il cherche également à réduire les écarts croissants entre la théorie et la pratique de ce domaine prospère du droit international. Sa première partie se centre sur l'infrastructure du régime des investissements, ou, plus spécifiquement, sur les arrangements structurels développés pour gérer les transactions d'investissement étranger et les éventuels différends les concernant. La deuxième partie de l'ouvrage identifie les fondements conceptuels d'une grande variété de problèmes pratiques apparemment sans liens, dans le but de préciser les principaux enjeux et de proposer des solutions équilibrées. La dernière partie aborde les principales sources de stress du régime, ainsi que les principaux mécanismes juridiques à disposition pour gérer les difficultés de fonctionnement du régime.

Événements 2014

21-22 Novembre

ATELIER SUR LE DROIT CONSTITUTIONNEL (COMPARATIF) DE L'ARBITRAGE PUBLIC-PRIVÉ,

Institut Max Planck pour le droit public comparatif et le droit international, Heidelberg, Allemagne, http://www.mpiil.de/en/pub/organization/lex_mp.cfm

28 Novembre

PROJETS D'INVESTISSEMENT DANS LES SECTEURS PÉTROLIERS ET GAZIERS ET DES ÉNERGIES RENOUVELABLES : INTERACTION ENTRE LES RÈGLES DE DROIT ET L'ARBITRAGE, CHAMBRE DE COMMERCE DE MILAN, Milan, Italie, <http://www.camera-arbitrale.it/it/news/V+CAM+Annual+Conference+.php?id=521>

5 Décembre

ATELIER CLE SUR L'ARBITRAGE EN MATIÈRE D'INVESTISSEMENT ET LES DROITS DE L'HOMME,

The Columbia Center on Sustainable Investment, New York, États-Unis, <http://ccsi.columbia.edu/2013/12/17/cle-workshop-on-investment-arbitration-and-human-rights/>

8-9 Décembre

L'ÉCONOMIE POLITIQUE DES ACCORDS INTERNATIONAUX D'INVESTISSEMENT, Institut allemand de développement et Initiative internationale sur l'investissement de l'Institut pour le commerce mondiale, Bonn, Allemagne, <http://www.die-gdi.de/veranstaltungen/internationalinvestment-agreements/>

Événements 2015

5 Février

2^{ÈME} TABLE RONDE DE LA CCI SUR LA MÉDIATION

INTERNATIONALE, Chambre de commerce internationale, Paris, France, <http://www.iccwbo.org/training-and-events/competitions-and-awards/mediation-week/>

9-14 Mars

PROGRAMME DE FORMATION EXÉCUTIVE SUR LES INVESTISSEMENTS DURABLES DANS L'AGRICULTURE, Université de Columbia, New York, États-Unis, <http://ccsi.columbia.edu/2012/03/16/agtraining/>



© 2014 Institut international du développement durable (IIDD)

Publié par l'Institut international du développement durable

Les documents de l'IIDD, y compris les images, ne peuvent être publiés de nouveau sans l'autorisation écrite expresse de l'Institut. Pour obtenir l'autorisation, veuillez contacter info@iisd.ca et inclure une liste des renseignements que vous souhaitez publier de nouveau ou un lien y conduisant.

L'IIDD contribue au développement durable en formulant des recommandations sur les politiques concernant le commerce les investissements internationaux, les politiques économiques, les changements climatiques, la mesure et l'évaluation, la gestion des ressources naturelles, et le rôle habilitant des technologies de l'information dans ces domaines. Nous rendons compte des négociations internationales et partageons le savoir que nous avons acquis lors de projets collaboratifs. Cela se traduit par une recherche plus rigoureuse, un développement des capacités dans les pays en développement, des réseaux de meilleure qualité entre le Nord et le Sud ainsi que de meilleures connexions à l'échelle mondiale entre les chercheurs, praticiens, citoyens et décideurs.

L'IIDD a pour vision un mieux-vivre durable pour tous, et pour mission d'assurer un avenir durable aux sociétés en favorisant l'innovation. L'IIDD est un organisme de bienfaisance enregistré au Canada, et visé par l'alinéa 501(c)(3) de l'Internal Revenue Code des États-Unis. Il bénéficie de subventions de fonctionnement de base du gouvernement du Canada, qui lui sont versées par l'Agence canadienne de développement international (ACDI), le Centre de recherche pour le développement international (CRDI) et Environnement Canada, ainsi que du gouvernement du Manitoba. Des fonds de projets lui sont également accordés par différents gouvernements, au Canada comme à l'étranger, des organismes des Nations Unies, des fondations et des entreprises privées.

ITN Quarterly reçoit volontiers les soumissions de travaux originaux non publiés. Les demandes doivent être adressées à Damon Vis-Dunbar à itn@iisd.org

Pour souscrire à ITN Quarterly, veuillez vous rendre à la page : https://lists.iisd.ca/read/all_forums/subscribe?name=itn-english

L'Institut international de développement durable
Maison internationale de l'environnement 2
9, Chemin de Balaxert,
5ème étage, 1219 Châtelaine,
Genève, Suisse

Tel: +41 22 917-8748
Fax: +41 22 917-8054
Email: dvis-dunbar@iisd.org