



## Le nouveau règlement d'arbitrage de la CNUDCI sur la transparence : Son application, son contenu et la voie à suivre par Lise Johnson et Nathalie Bernasconi-Osterwalder



6



8



11



**Conoco-Phillips et Exxon-Mobil c. Venezuela et Petróleos De Venezuela:** Ou comment utiliser l'arbitrage en matière d'investissement pour modifier un contrat par Juan Carlos Boué

**La menace des droits de l'investissement en matière de propriété intellectuelle pharmaceutique dans l'Accord de Partenariat transpacifique:** Étude de l'affaire Eli Lilly c. Canada par Brook K. Baker

**Les déclarations en ligne des comités et agences nationaux des investissements et leurs éventuelles conséquences** par Makane Moïse Mbengue et Deepak Raju

**Egalement dans cette édition:** Kiliç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi c. Turkménistan; Garanti Koza LLP c. Turkménistan; Ambiente Ufficio S.p.A. et autres c. Argentine; Philip Morris Products S.A. et Abal Hermanos S.A. c. La République orientale de l'Uruguay; Apotex Inc. c. Le Gouvernement des États-Unis d'Amérique

# tables des matières

- 3 **Articles**  
Le nouveau règlement d'arbitrage de la CNUDCI sur la transparence: Son application, son contenu et la voie à suivre  
*par Lise Johnson et Nathalie Bernasconi-Osterwalder*
- 6 Conoco-Phillips et Exxon-Mobil c. Venezuela et Petróleos De Venezuela: Ou comment utiliser l'arbitrage en matière d'investissement pour modifier un contrat  
*par Juan Carlos Boué*
- 8 La menace des droits de l'investissement en matière de propriété intellectuelle pharmaceutique dans l'Accord de Partenariat transpacifique: Étude de l'affaire Eli Lilly c. Canada  
*par Brook K. Baker*
- 11 Les déclarations en ligne des comités et agences nationaux des investissements et leurs éventuelles conséquences  
*par Makane Moïse Mbengue et Deepak Raju*
- 17 **Nouvelles en bref:** Le Ministre du commerce sud-africain confirme la dénonciation du TBI avec l'UE; L'affaire Renco c. le Pérou doit être transparente et gérée par le CIRDI; Des investisseurs menacent la Serbie d'un arbitrage car le pays n'aurait pas respecté son obligation de fournir des terres pour la construction d'un parc solaire; Le Mali s'expose à des demandes portant sur des ajustements fiscaux; Le CIRDI présente des statistiques fiscales mises à jour pour 2013
- 18 **Sentences et décisions:** Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi c. Turkménistan; Garanti Koza LLP c. Turkménistan; Ambiente Ufficio S.p.A. et autres c. Argentine; Philip Morris Products S.A. et Abal Hermanos S.A. c. La République orientale de l'Uruguay; Apotex Inc. c. Le Gouvernement des États-Unis d'Amérique
- 27 **Ressources et événements**

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

Tel +41 22 917-8748  
Fax +41 22 917-8054  
Email [itn@iisd.org](mailto: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  
Fernando Cabrera

Traduction Espagnole  
Maria Candelí Conforti

Design:  
The House London Ltd.  
Web: [www.thehouselondon.com](http://www.thehouselondon.com)

# article 1

## Le nouveau règlement d'arbitrage de la CNUDCI sur la transparence: Son application, son contenu et la voie à suivre par Lise Johnson et Nathalie Bernasconi-Osterwalder



En juillet 2013, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a adopté un ensemble de règles visant à garantir une meilleure transparence dans l'arbitrage investisseur-État (le « Règlement sur la transparence »), ratifiant ainsi le travail réalisé par les délégations auprès de la CNUDCI – composée de 55 États membres, ainsi que d'autres États et organisations ayant le statut d'observateur – au cours des près de trois années de négociation<sup>1</sup>.

Au titre des versions précédentes du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, les différends entre investisseurs et États n'étaient souvent pas rendus publics, même lorsque d'importantes politiques publiques étaient en jeu ou que des pratiques illégales ou corrompues étaient mises au jour. À l'inverse, le nouveau règlement qui entrera officiellement en vigueur au 1<sup>er</sup> avril 2014, fixe un important degré d'ouverture tout au long de la procédure arbitrale.

L'adoption du nouveau règlement établit un modèle, soigneusement négocié et largement approuvé, sur la manière de mener en toute transparence les arbitrages investisseur-État. Ce modèle est conforme et reflète les tendances plus larges observées de par le monde qui reconnaissent l'importance de la transparence comme outil permettant de promouvoir et d'assurer la participation démocratique effective, une bonne gouvernance, l'obligation de rendre compte, la prévisibilité et l'état de droit<sup>2</sup>.

### Le statu quo préalable au Règlement sur la transparence

Avant le règlement sur la transparence, aucun règlement d'arbitrage utilisé dans l'arbitrage investisseur-État n'imposait la transparence dans l'ensemble de la procédure arbitrale. En effet, la plupart des règlements d'arbitrage auxquels les traités d'investissement font référence (à l'exception des règlements exigeant le consentement des deux parties au différend pour l'ouverture des audiences) passent majoritairement sous silence les questions de transparence, n'imposant pas la confidentialité, ni n'exigeant la divulgation.

Pourtant, tous les règlements d'arbitrage donnent aux parties au différend et aux tribunaux suffisamment de latitude pour déterminer – individuellement ou par accord mutuel – le degré d'ouverture de la procédure. Le nouveau Règlement sur la transparence ne représente donc pas un bouleversement complet de l'approche de la transparence dans l'arbitrage, mais plutôt une modification de la

présomption sous-jacente en faveur de l'ouverture, plutôt que de la confidentialité, dans les arbitrages investisseur-État fondés sur des traités. Surtout, le nouveau règlement établit un processus et un cadre institutionnel visant à garantir que la transparence est mise en pratique de manière claire et systématique.

### Le nouveau règlement d'arbitrage de la CNUDCI sur la transparence

Le nouveau règlement garantit la transparence du début à la fin de l'arbitrage investisseur-État fondé sur des traités auquel il s'applique. Il inclut un article régissant le champ et la méthode d'application de ces dispositions (article 1) ; trois articles exigeant la divulgation et l'ouverture (articles 2, 3 et 6) ; deux articles régissant la participation des tierces parties (articles 4 et 5) ; et un article relatif à la gestion de la divulgation grâce à un registre spécifique (article 8).

Après d'intenses discussions portant sur la forme du nouveau Règlement sur la transparence (par ex. s'agira-t-il d'un règlement ou de simples directives, d'un instrument autonome ou formant partie intégrante du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI), la CNUDCI a déterminé qu'il s'agirait d'un règlement à la fois (a) intégré et formant une partie du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et (b) disponible en tant qu'instrument autonome pouvant être appliqué dans les différends régis par d'autres règlements arbitraux. Afin d'intégrer pleinement le Règlement sur la transparence aux arbitrages de la CNUDCI de manière claire et efficace, celle-ci a amendé son règlement général d'arbitrage de 2010 en y insérant un nouveau paragraphe (4) à l'article 1. L'article 1(4) du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2013 stipule donc expressément que ses dispositions incluent le Règlement sur la transparence lorsque le différend en question est fondé sur un traité d'investissement.

### Article 1 – Champ d'application

Le nouveau Règlement sur la transparence s'appliquera par défaut aux arbitrages investisseur-État de la CNUDCI fondés sur des traités d'investissement conclus après l'entrée en vigueur du nouveau règlement le 1<sup>er</sup> avril 2014. Toutefois, les États parties au traité en question pourront convenir de modifier la règle d'application par défaut et de ne pas y adhérer dans les traités (futurs), par exemple, en excluant expressément l'application du Règlement de la CNUDCI sur la transparence ou en stipulant que « le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, tel qu'adopté en 1976 » sera appliqué. Pour les arbitrages de la CNUDCI fondés sur des traités conclus avant le 1<sup>er</sup> avril 2014, le Règlement sur la transparence ne sera pas appliqué sauf si les États ou parties au différend ont expressément adhéré au nouveau règlement.

Le nouveau Règlement sur la transparence explicite aussi les éléments étant par ailleurs implicites : à savoir que le nouveau règlement peut être utilisé dans des arbitrages utilisant d'autres règlements arbitraux. Au cours des négociations, diverses institutions arbitrales, notamment la Cour permanente d'arbitrage (CPA) et le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), ont confirmé que le Règlement sur la transparence pourrait être appliqué aux procédures menées au titre de leurs règlements respectifs<sup>3</sup>.

Certaines dispositions du Règlement sur la transparence demandent aux tribunaux de faire preuve de discernement. Dans ces cas, le règlement impose expressément au

tribunal de tenir compte, en premier lieu, de l'intérêt public – dans l'arbitrage investisseur-État général et dans le différend en question – et, ensuite, de l'intérêt des parties au différend à un règlement « juste et efficace » de leur litige.

Le Règlement sur la transparence aborde également la question de l'autorité d'un tribunal à autoriser ou exiger la transparence dans un arbitrage de la CNUDCI n'utilisant pas le Règlement sur la transparence, et ce afin de contrer toute éventuelle présomption *contre* la transparence. Les niveaux de transparence déjà permis par le Règlement d'arbitrage général de la CNUDCI (de 2010 ou de 1976) ne doivent en aucun cas être sapés par la non-application du Règlement sur la transparence. Les rédacteurs ont également inséré des limites à la capacité des États à échapper à l'application de Règlement sur la transparence lorsque celui-ci s'applique.

Quant à sa place dans la hiérarchie juridique, le Règlement sur la transparence prend le pas sur les dispositions contradictoires contenues dans les règlements d'arbitrages applicables (par ex. l'article 1(1) du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976, de 2010 et de 2013). Toutefois, en cas de conflit avec les dispositions du traité applicable, les dispositions de ce dernier prévaudront. Le principe selon lequel le règlement d'arbitrage ne peut prévaloir sur la législation contraignante est également inscrit dans le texte<sup>4</sup>.

#### **Article 2 – Publication des informations au début de la procédure arbitrale**

Le compromis atteint dans l'article 2 exige la divulgation rapide d'un ensemble fondamental de faits (qui n'exige pas l'exercice d'un jugement subjectif ou la discrétion du dépositaire) dès qu'il est avéré que le défendeur a reçu la notification d'arbitrage. Dans certains cas, les parties au différend pourraient ne pas être d'accord quant à l'application du Règlement sur la transparence. Cependant, l'article 2 exige de chacune des parties au différend et du dépositaire d'agir avant la constitution du tribunal pour résoudre d'éventuels différends à ce propos. La notification d'arbitrage elle-même sera automatiquement et obligatoirement divulguée conformément à l'article 3 (voir ci-dessous), mais seulement après la constitution du tribunal.

#### **Article 3 – La publication des documents**

L'article 3 fixe la divulgation des documents soumis au tribunal ou émis par celui-ci en trois catégories : (1) un large ensemble de documents soumis au tribunal ou émis par celui-ci au cours de la procédure est *obligatoirement et automatiquement divulgué (notamment toutes les déclarations et communications des parties au différend et des États parties tiers ou tierces personnes ; la transcription des audiences ; et les ordres, décisions et sentences du tribunal arbitral)* ; les documents tels que les déclarations de témoins et les rapports d'experts doivent être *obligatoirement* divulgués dès qu'une personne en fait la demande auprès du tribunal ; et (3) d'autres documents tels que les preuves peuvent se voir divulgués sur ordre du tribunal, en fonction de son pouvoir discrétionnaire.

Lorsque la divulgation est obligatoire, le tribunal doit envoyer les informations au dépositaire « le plus tôt possible » après avoir pris les mesures nécessaires pour restreindre la divulgation d'informations jugées comme protégées ou confidentielles<sup>5</sup>. Le dépositaire doit ensuite publier les informations sur son site Internet.

#### **Article 4 – Communication des tiers**

Conformément à la pratique précédente des tribunaux, le Règlement sur la transparence affirme expressément

l'autorité des tribunaux arbitraux pour accepter les communications des dits *amicus curiae* (les amis de la cour), tout en introduisant des règles et directives spécifiques. Cette allocation ou reconnaissance expresse de l'autorité concerne « les communications écrites » mais pas les autres formes de participation, comme les déclarations faites lors d'audiences. Les tribunaux peuvent toutefois autoriser d'autres formes de participation conformément à leur pouvoir discrétionnaire aux termes de l'article 15 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976 et de l'article 17 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010 et 2013.

#### **Article 5 – Communication par une partie au traité non-contestante**

Le Règlement sur la transparence exige des tribunaux qu'ils acceptent les communications relatives à l'*interprétation du traité* de la part d'États non contestants mais parties au traité en question, à condition que la communication « n'interrompe pas ou n'alourdisse pas la procédure arbitrale, ou ne porte un préjudice injuste à l'une des parties au différend ». Il autorise en outre expressément les tribunaux à inviter les États parties non contestantes à présenter des communications (pas seulement « les communications écrites ») relatives à l'interprétation du traité dans les mêmes conditions. Le tribunal a également autorité pour accepter les communications sur d'autres questions pertinentes du différend de la part d'États non contestants mais parties au traité en question.

#### **Article 6 – Les audiences**

Le Règlement sur la transparence exige des audiences publiques, soumises à trois conditions – ce qui représente un écart important des autres règlements d'arbitrage : (1) protéger les informations confidentielles ; (2) protéger « l'intégrité de la procédure arbitrale » ; et (3) des raisons logistiques. Les parties au différend – unilatéralement ou ensemble – ne peuvent s'opposer à l'ouverture des audiences. Cet article donne explicitement au tribunal l'autorité pour déterminer la manière de rendre ces audiences publiques, et lui donne la possibilité de faciliter l'accès public grâce à des outils en ligne. Il donne également au tribunal une autorité limitée pour organiser les audiences à huis clos pour des raisons logistiques, tout en garantissant que cette possibilité ne sera que très peu appliquée et de manière non-abusive<sup>6</sup>.

#### **Article 7 – Exceptions à la transparence**

Afin d'équilibrer les dispositions relatives à la divulgation du Règlement sur la transparence, celui-ci spécifie également que la divulgation est soumise à des exceptions s'agissant des informations confidentielles ou protégées. L'article 7(2) établit quatre catégories d'informations se recoupant éventuellement et considérées comme confidentielles ou protégées. Les informations relevant de ces exceptions le cas échéant seront déterminées au cas par cas en fonction de la nature de l'information et du droit applicable. En outre, l'article 7(5) offre aux États défendeurs une exception déterminée unilatéralement visant à protéger de la divulgation les informations qu'ils « considèrent » comme relevant de leurs intérêts essentiels de sécurité. Finalement, une autre exception au Règlement sur la transparence permet aux tribunaux de restreindre ou de limiter la divulgation lorsque cela est nécessaire pour protéger « l'intégrité de la procédure », une catégorie limitée visant uniquement à restreindre ou retarder la divulgation dans des circonstances exceptionnelles, comme par exemple si les témoins font l'objet d'intimidation ou dans d'autres circonstances exceptionnelles similaires.

#### **Article 8 – Le dépositaire des informations publiées**

Cet article reflète une décision unanime de la CNUDCI selon laquelle le dépositaire devrait être la CNUDCI elle-

même. Toutefois, au moment de l'adoption du Règlement sur la transparence, l'on ne savait pas si la CNUDCI avait les ressources nécessaires pour jouer ce rôle. Si au 1<sup>er</sup> avril 2014 la CNUDCI ne peut jouer le rôle de dépositaire, c'est la CPA qui s'en chargera. La délégation de cette fonction à la CPA sera toutefois temporaire : cette fonction sera re-transférée à la CNUDCI si et quand celle-ci sera prête à l'assumer.

### Les efforts de la CNUDCI dans leur contexte et la voie à suivre

L'objectif de la CNUDCI visant à « garantir la transparence dans l'arbitrage investisseur-État »<sup>7</sup> est complexe. Dans leurs traités d'investissement, la plupart des États offrent aux investisseurs la possibilité de soumettre les différends fondés sur les traités à l'arbitrage international et de choisir parmi différentes options le règlement qui s'appliquera. Ces options peuvent inclure les Règlements d'arbitrage de la CNUDCI, du CIRDI ou de son Mécanisme supplémentaire, de la Chambre de commerce international (CCI) ou de la Chambre de commerce de Stockholm (CCS).

Bien que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI impose maintenant la transparence, l'investisseur est libre de choisir une autre possibilité offerte par le traité. En outre, aux termes d'une disposition de l'article 1(2) du Règlement sur la transparence, celui-ci ne s'appliquera pas par défaut à tous les arbitrages portés devant la CNUDCI et fondés sur des traités d'investissement existants.

Aussi, même si l'adoption du Règlement sur la transparence de la CNUDCI représente une avancée majeure des efforts à long-terme menés en vue d'améliorer la transparence dans les arbitrages investisseur-État fondés sur des traités et menés au titre du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, celle-ci et les États doivent entreprendre d'autres actions afin de faire une vraie différence.

### Offres de consentement, déclarations interprétatives, amendement de traité et adoption d'une convention sur la transparence

Grâce aux offres unilatérales de consentement à l'application du Règlement sur la transparence, les États pourraient faciliter et encourager son application aux différends régis par la CNUDCI et par d'autres règlements, quelle que soit la date de conclusion du traité en question<sup>8</sup>. L'autre possibilité consiste à émettre des déclarations interprétatives unilatérales ou conjointes exprimant un tel consentement. Si ces options doivent encore être discutées plus en détails lors des sessions de la CNUDCI, elles représentent des mécanismes viables et apparemment simples pour faciliter l'utilisation plus large du Règlement sur la transparence.

Une autre option permettant l'application du Règlement sur la transparence aux traités existants et futurs consiste pour les États à amender leurs traités d'investissement existants afin de permettre expressément, voire d'imposer son utilisation. Pourtant, nombre d'États choisiront certainement de ne pas renégocier leurs traités car cela pourrait compliquer leurs relations économiques internationales avec leurs partenaires commerciaux.

Il serait plus facile pour les États de signer un nouveau traité – c.-à-d. une convention sur la transparence. Aux termes de l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (CVDT), un tel traité pourrait compléter ou prévaloir sur les dispositions des traités d'investissement conclus entre les Parties à la convention sur la transparence. Il est prometteur de noter que la CNUDCI a ordonné de poursuivre les travaux sur une convention sur la transparence afin de faciliter l'application du Règlement sur la transparence dans les différends fondés sur des

traités conclus avant l'entrée en vigueur du nouveau Règlement, notamment les arbitrages menés au titre d'autres règlements. Un projet de texte de cette convention a été préparé par le Secrétariat de la CNUDCI, mais n'a pas encore été officiellement débattu lors des sessions de la Commission. Cela devrait se produire lorsque le Groupe de travail II de la CNUDCI entamera ses travaux sur la convention sur la transparence cet automne.

### Conclusion

Cinq années après avoir reconnu l'intérêt public dans les arbitrages investisseur-État fondés sur des traités, et trois ans après l'ouverture des négociations sur des normes juridiques garantissant le caractère public de ces procédures, la CNUDCI a adopté un Règlement complet sur la transparence stipulant une divulgation croissante des informations générées dès le début des différends jusqu'à leur règlement. En incorporant pleinement ces règles au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI tel qu'amendé en 2013, la CNUDCI a également pris une décision politique importante reflétant l'engagement de cet organe des Nations Unies à faire de la transparence, et non pas la confidentialité, la règle par défaut des différends investisseur-États.

Toutefois, la Commission n'a pas encore complètement atteint son objectif. Pour ce faire et pour garantir la transparence dans le règlement des différends investisseur-État, elle doit maintenant prendre des mesures afin de faciliter l'application du Règlement sur la transparence aux différends initiés au titre des traités existants et futurs. Si cela est fait correctement, le Règlement sur la transparence des Nations Unies s'appliquera au-delà des différends menés au titre du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, et donc à tous les différends investisseur-État.

### Auteur

Lise Johnson est chercheur juridique senior en droit et politique de l'investissement au Vele Columbia Center on Sustainable International Investment. Nathalie Bernasconi-Osterwalder est avocate internationale principale et dirige le programme d'investissement de l'Institut international pour le développement durable (IISD). Les auteurs remercient Diana Rosert pour son aide dans la préparation de cette version courte.

### Notes

1 Le règlement sur la transparence de la CNUDCI dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (prépublication – 30 juillet 2013) est disponible sur <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/rules-on-transparency/pre-release-UNCITRAL-Rules-on-Transparency.pdf>.

2 *Rendre la justice: programme d'action visant à renforcer l'état de droit aux niveaux national et international*, Rapport du Secrétaire général (2012), A/66/749.

3 À noter que la Commission a rejeté l'idée d'étendre l'exclusion de l'article 1(2) – qui limite l'applicabilité du Règlement sur la transparence aux différends fondés sur des traités adoptés après l'entrée en vigueur du Règlement sur la transparence – aux arbitrages ne relevant pas de la CNUDCI.

4 Toutefois, si le Règlement sur la transparence est incorporé à une convention sur la transparence, tel que discuté plus bas dans la partie IV, la législation nationale devra alors être mise en conformité avec la convention.

5 À l'inverse, le tribunal jouit d'une plus grande flexibilité quant à la méthode de divulgation des preuves ou d'autres documents requis.

6 Les transcriptions sont soumises à une règle différente aux termes de l'article 3. Aussi, si toute ou partie d'une audience se tient à huis clos pour l'une des trois raisons autorisées et visées à l'article 6, les aspects non-confidentiels des transcriptions de l'audience (si elles sont prêtes) seront quand même divulgués conformément aux articles 3 et 7.

7 Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, 41<sup>ème</sup> session (16 juin - 3 juillet 2008), A.G. 63<sup>ème</sup> session, supp. n° 17, A/63/17, para. 314 ; Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, 45<sup>ème</sup> session (25 juin - 6 juillet 2012), A.G. 66<sup>ème</sup> session, supp. n° 17, A/67/17, para. 200 ; Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, 45<sup>ème</sup> session (25 juin - 6 juillet 2012), A.G. 66<sup>ème</sup> session, supp. n° 17, A/67/17, para. 69.

8 Les Parties à l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) ont utilisé cette approche en 2003 pour offrir la possibilité de tenir des audiences publiques.

# Conoco-Phillips et Exxon-Mobil c. Venezuela et Petróleos De Venezuela: Ou comment utiliser l'arbitrage en matière d'investissement pour modifier un contrat

par Juan Carlos Boué

## article 2



Au milieu des années 1990, PDVSA, l'entreprise pétrolière nationale du Venezuela, a mis en œuvre une politique connue comme *Apertura Petrolera* (ouverture pétrolière), qui cherchait à mobiliser le capital, les capacités techniques et managériales des entreprises pétrolières internationales afin de maximiser la production de pétrole brut tout en réduisant drastiquement le fardeau fiscal des activités d'exploration et de production de brut dans le pays. L'*Apertura* a largement atteint ses objectifs, mais d'une manière qui rappelle ces opérations présentées comme un triomphe médical même si le patient ne s'en sort pas : la production à *outrance*<sup>1</sup> du Venezuela est l'une des principales raisons expliquant l'effondrement des cours pétroliers en 1998, et les piètres recettes fiscales générées par certains des projets de l'*Apertura* ont fait d'eux les projets les moins rentables – pour l'État – de toute l'histoire de l'industrie pétrolière au Venezuela<sup>1</sup>.

Les porte-étendards de l'*Apertura* étaient quatre projets importants, coûteux et complexes dédiés à la production, la valorisation (c.-à-d. le raffinage partiel) et la commercialisation (sous forme de brut de synthèse) du pétrole extra-lourd de la ceinture pétrolière de l'Orénoque, un immense réservoir représentant plus de 1'000 milliards de barils d'hydrocarbures denses (plus lourds que l'eau). Aujourd'hui, trois de ces projets (Petrozuata, Hamaca et Cerro Negro) sont au cœur d'une procédure d'arbitrage lancée par ConocoPhillips (COP) et ExxonMobil (XOM) contre le Venezuela devant le Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) fin 2007.

Ces arbitrages représentent certaines des demandes les plus importantes jamais formulées à l'encontre d'un État par des investisseurs internationaux : COP demande plus de 30 milliards USD et XOM plus de 15 milliards USD. Toutefois, la lecture attentive du contexte factuel du différend suggère que ces demandes n'ont que peu de liens avec les contrats signés par ces entreprises au Venezuela.

### Un contrat pur et simple ?

Ces arbitrages portent sur la décision prise par le gouvernement vénézuélien de restructurer les projets de l'Orénoque pour qu'ils respectent les prescriptions juridiques et les conditions fiscales applicables à toutes les entreprises réalisant des opérations pétrolières

au Venezuela, et prévues par la Loi organique sur les hydrocarbures de 2001. Elles imposaient aux projets de se voir transformés en entreprises mixtes dont les filiales de PDVSA détiendraient 60 % ; afin d'être en conformité, COP et XOM auraient dû réduire leurs participations dans les projets en vendant une partie de leurs actions à PDVSA. Le rejet par les entreprises des conditions du gouvernement a entraîné leur expulsion du pays et la prise par PDVSA de la totalité de leurs actions.

Les questions juridiques au cœur de ces arbitrages sont extrêmement complexes, et leur simple explication résumée représente une centaine de pages de texte<sup>ii</sup>. Pourtant, et paradoxalement, le PDG de XOM, Rex Tillerson, affirme que « [leur] situation au Venezuela repose sur un contrat pur et simple. Ce contrat n'a pas été respecté »<sup>iii</sup>.

Pour faire court, COP et XOM allèguent que, en changeant les conditions fiscales des projets de valorisation, puis en les restructurant pour qu'ils soient en conformité avec ces dernières, le gouvernement vénézuélien a foulé aux pieds leurs droits acquis, traitant les engagements contractuels « comme un vulgaire "bout de papier" qu'il pouvait mépriser à sa convenance... rompant tous les engagements... pris pour induire... l'investissement »<sup>iv</sup>. En revanche, COP et XOM s'appliquent à éviter de donner les détails sur ces engagements exacts, ce qui n'est pas très surprenant lorsque l'on sait que les documents clés du dossier révèlent que ces soi-disant engagements ne sont que le fruit de l'imagination débordante de ces entreprises.

COP et XOM n'ont pu réaliser leurs investissements que grâce au principe légal du régime d'exception défini à l'article 5 de la Loi vénézuélienne de la nationalisation de l'industrie pétrolière de 1975 qui – « dans certains cas et si cela va dans l'intérêt public » – autorise les entreprises gouvernementales à passer des accords d'association avec des entreprises privées... [avec] l'autorisation préalable des Chambres [du congrès] en séance commune, conformément aux conditions qu'elles ont établies »<sup>v</sup>. Parmi les nombreuses conditions fixées par le congrès vénézuélien pour les projets de valorisation, l'une d'entre elles est fatale aux demandes des entreprises portant sur les engagements du gouvernement car selon celle-ci, ni le cadre juridique ni le cadre fiscal des projets de valorisation ne seraient altérés. S'agissant du projet de Cerro negro, une co-entreprise entre XOM, PDVSA et British Petroleum<sup>2</sup>, la condition était formulée comme suit : « [l']Accord d'association, ainsi que toutes les activités et opérations menées à bien au titre de celui-ci, n'imposeront aucune obligation à la République du Venezuela ni ne restreindront ses pouvoirs souverains, et leur exercice ne saurait donner lieu à aucune demande, quelle que soit la nature ou les caractéristiques de la demande... »<sup>vi</sup>. Comme on le voit, cette condition représente l'entière réserve des droits souverains de la République par celle-ci (qui, en outre, n'était pas partie aux accords d'association).

### Une vérité inopportune ?

Des documents du domaine public datant de l'époque des mesures en question montrent que COP et XOM étaient bien conscients que leur situation vis-à-vis du gouvernement vénézuélien ne reposait pas sur « un

contrat pure et simple ». Ces documents sont d'autant plus intéressants que les déclarations et avis qu'ils contiennent ont été donnés dans la conviction qu'ils resteraient confidentiels, mais ils ont été révélés avec la publication de 250 000 câbles diplomatiques américains par *Wikileaks*. L'un de ces câbles nous apprend que l'attaché au pétrole de l'ambassade des États-Unis à Caracas avait été informé par un « cadre d'ExxonMobil... le 17 mai [2006] que son entreprise ne pensait pas avoir les arguments juridiques pour contrer les augmentations d'impôts » résultant des « amendements à la Loi organique sur les hydrocarbures (LOH) qui augmente les impôts sur les associations stratégiques de 34 à 50 % et introduit une taxe sur l'extraction de 33,3 pour cent »<sup>vii</sup>. Cette confession candide est incompatible avec les allégations fantaisistes de garanties fiscales de COP et XOM. Mais le câble contient une divulgation encore plus révélatrice, qui touche au cœur du montant des compensations dues à COP et XOM pour la nationalisation de leurs intérêts, et tourne en dérision leurs demandes colossales de dommages et intérêts :

... chacun des accords d'association stratégiques contient un type de clause d'indemnisation les protégeant des augmentations fiscales. Au titre de ces clauses, PDVSA indemniser ses partenaires en cas d'augmentation des impôts. Toutefois, pour recevoir le paiement, un certain niveau de perte économique doit être atteint. Afin de déterminer le niveau de pertes, *la clause d'indemnisation contient une formule qui, malheureusement, présuppose de faibles cours du brut. Compte tenu des cours actuels élevés, il est fort peu probable que les augmentations entraînent suffisamment de pertes au titre de ces formules pour atteindre le niveau à partir duquel PDVSA doit indemniser ses partenaires*<sup>viii</sup>.

Les clauses d'indemnisation susmentionnées ont été intégrées aux accords d'association entre PDVSA et ses partenaires étrangers conformément à une autre condition fixée par le Congrès pour toutes les associations, et visant à compenser les parties étrangères pour les pertes économiques dues à des mesures gouvernementales défavorables, telles que les augmentations d'impôts et la nationalisation de leurs intérêts<sup>ix</sup>. En revanche, la compensation due par les filiales de PDVSA n'était pas ouverte et sans limite. Au contraire, les parties étrangères seront considérées comme n'ayant subi aucune perte économique si le prix (ajusté à l'inflation) de référence du pétrole brut (Brent) sur le marché international est supérieur à un certain seuil. Dans le cas de Cerro Negro, ce prix était de 27 USD / B (en dollars de 1996) tandis que pour Petrozuata et Hamaca, il était de 25 USD / B (en dollars de 1994) et de 21 USD / B (en dollars de 1996) respectivement. Tous les flux de trésorerie générés à des prix supérieurs à ces seuils (qui peuvent sembler modestes aujourd'hui, mais était perçus comme inatteignables au moment de leur négociation<sup>x</sup>) et qui seraient éventuellement appropriés par le gouvernement *ne* serait pas indemnisables par les filiales de PDVSA, quelle que soit la manière dont cette appropriation se serait produite. Aussi, les revenus de ces projets étaient en effet assujettis à un plafond dont l'activation restait à l'entière discrétion du gouvernement.

## Conclusion

Présentée à travers le prisme des documents produits conformément aux procédures décrites à l'article 5 de la

loi de nationalisation, la situation découlant des actions du gouvernement vénézuélien contraste largement avec la présentation des faits par COP et XOM. Aux dires de ces entreprises, leurs procédures juridiques portaient sur un engagement à maintenir le principe de l'inviolabilité des contrats. Toutefois, les documents montrent que tous les projets de l'Orénoque étaient autorisés par le Congrès vénézuélien sous réserve de respecter la condition expresse et essentielle selon laquelle l'État conserve la totalité de ses pouvoirs souverains, notamment le pouvoir de promulguer ou d'amender des lois et impôts. C'est précisément à cause de l'importante réserve des droits souverains que COP et XOM ont négocié avec PDVSA et obtenu la protection de leurs investissements à travers des mécanismes spécifiques de compensation, qui font explicitement référence à une limite de responsabilité de PDVSA, à condition que les investisseurs étrangers soient considérés comme n'ayant subi aucune conséquence économiques négatives du fait des mesures gouvernementales lorsque le cours du brut excède un certain niveau. Aussi, ces avantages négociés que COP et XOM s'échinent à défendre sont introuvables dans l'ensemble du texte des accords qu'ils ont réellement signés. Par conséquent, les arbitrages de COP et XOM représentent une tentative de leur part d'utiliser les tribunaux arbitraux internationaux pour réécrire les contrats et dispositions qu'ils ont eux-mêmes négociés, afin d'obtenir la garantie de revenus exceptionnels (qu'ils n'ont jamais négociés) à leur sortie du pays.

## Auteur

Juan Carlos Boué est chercheur senior à l'Oxford Institute for Energy Studies.

## Notes

1 En français dans le texte, ndlt.

2 British Petroleum demeure un partenaire de PDVSA dans l'entreprise mixte qui a succédé à Cerro Negro.

i En 2004, avant l'adoption des modifications au régime fiscal, les revenus bruts de l'exploration et de la production des projets de valorisation représentaient environ 25 USD / B (par baril), avec des redevances de 0,25 USD / B (1 pourcent du revenu brut) et aucun impôt. Ces recettes fiscales sont comparables (à un prix correctement déflaté) à celles générées 80 ans plus tôt par la concession à General Asphalt (en 1924 – à des prix de 2004, revenu brut à 11,32 USD / B, recettes fiscales à 0,35 USD / B soit 3,1 % du revenu brut).

ii Juan Carlos Boué, *Enforcing Pacta Sunt Servanda? Conoco-Phillips and Exxon-Mobil versus the Bolivarian Republic of Venezuela and Petróleos de Venezuela* (Cambridge, Université de Cambridge, Centre of Latin American Studies, Work Paper Series 2(1), 2013).

iii Steve Coll, *Private Empire. ExxonMobil and American Power*. Londres, Allen Lane, 2012 : p. 426.

iv *Affaire CCI n°15415/JRF : Mobil Cerro Negro Ltd. vs. Petróleos de Venezuela S.A. et PDVSA Cerro Negro S.A. ; Décision finale datée du 23 décembre 2011* : §§ 5, 18.

v "Law that Reserves to the State the Industry and Trade of Hydrocarbons", *Official Gazette*, n° 1.769 (hors série), publié le 29 août 1975 : article 5.

vi "Congressional Authorisation of the Framework of Conditions for the Cerro Negro Association Agreement", *Official Gazette* n° 36.224, publié le 10 juin 1997, dix-huitième condition. Pour des raisons de place, les conditions équivalentes dans d'autres accords d'association ne peuvent être citées. Les lecteurs peuvent se référer à Boué, *op. cit.*

vii Télégramme 06CARACAS1445 (confidentiel) date du 19 mai 2006, "Temperature Rises for Strategic Associations": §§ 3, 5.

viii Télégramme 08CARACAS1246 (confidentiel) daté du 5 septembre 2008, "Venezuela: ConocoPhillips Negotiations Stall": § 3.

ix Dans l'accord d'association de Cerro Negro, l'un des événements considérés comme constituant une « mesure discriminatoire » indemnisable était « l'expropriation ou la saisie des actifs du projet ou des intérêts d'une Partie étrangère dans le projet ».

x Bernard Mommer, "Venezuela, política y petróleos", *Cuadernos del CENDES*, 16, n° 42, (septembre-décembre 1999) : § 4.3.5.

# La menace des droits de l'investissement en matière de propriété intellectuelle pharmaceutique dans l'Accord de Partenariat transpacifique:

Étude de l'affaire Eli Lilly c. Canada

par Brook K. Baker

## article 3



Après avoir perdu deux affaires de brevets devant les cours d'appel d'une démocratie occidentale, une entreprise pharmaceutique multinationale étrangère mécontente devrait-elle être autorisée à lancer un arbitrage privé contre ce pays sous prétexte que ses attentes de profits de monopole ont été contrariés par les décisions des tribunaux ? Les gouvernements devraient-ils continuer de négocier des accords commerciaux lorsque d'importants droits de propriété intellectuelle de l'investisseur et le règlement des différends investisseur-État (RDIE) sont inscrits dans la législation ? Devrions-nous nous inquiéter des effets de sentences arbitrales représentant plusieurs milliards de dollars sur la volonté des gouvernements à réglementer les entreprises pharmaceutiques et à canaliser les efforts de ces dernières pour étendre leurs monopoles en matière de brevets et de protection des données ? Finalement, les législateurs devraient-ils s'inquiéter de l'impact des droits des investisseurs sur l'abordabilité et l'accessibilité des médicaments dans les pays riches comme dans les pays à revenus faibles et intermédiaires ?

Les réponses à ces questions se font plus pressantes compte tenu du projet de chapitres sur la PI et sur l'investissement dans l'Accord de Partenariat transpacifique (PTP)<sup>1</sup>, et des récentes notifications d'arbitrage formulées par Eli Lilly contre le Canada<sup>2</sup> au titre de l'ALENA. L'affaire Eli Lilly illustre bien les risques liés à l'inclusion des droits de propriété intellectuelle (DPI) dans les chapitres d'investissement, ainsi que les demandes repoussant les limites pouvant être formulées par des entreprises pharmaceutiques étrangères.

### Les droits des investisseurs en matière de PI dans le projet de Partenariat transpacifique

La définition des investissements dans le projet de PTP est certainement assez large pour couvrir les DPI des entreprises pharmaceutiques (c.-à-d. les brevets, données réglementaires, et autres secrets commerciaux) car elle exige seulement « l'engagement de capital ou d'autres ressources, l'attente de gains ou profits, ou la prise de risques (italique ajouté) »<sup>3</sup>. Surtout, la définition proposée inclut directement « les droits de propriété intellectuelle [accordés conformément aux législations nationales de chacune des Parties] »<sup>4</sup>.

S'agissant du traitement accordé aux droits de PI et de

l'investissement, l'article 12.6.1 du projet de chapitre sur l'investissement du PTP exige comme *norme minimale de traitement* que « Chacune des Parties accorde[ra] aux investissements couverts un traitement conforme au droit coutumier international, notamment le traitement juste et équitable et la protection et la sécurité intégrales ». Le sous-paragraphe 2(a) interprète le « traitement juste et équitable » comme incluant « l'obligation de ne pas refuser de rendre justice dans des procédures judiciaires pénales, civiles ou administratives, conformément au principe de procédure régulière inclus dans les principaux systèmes juridiques du monde ». Les interprétations les plus larges de cette prescription suggèrent que la norme minimale de traitement protège toutes les « attentes raisonnables » d'un investisseur même en l'absence de représentation directe<sup>5</sup>. Dans le domaine pharmaceutique, les investisseurs étrangers pourraient prétendre que la norme minimale de traitement couvre leurs attentes raisonnables de profits provenant de la satisfaction, ou même la formulation de leurs demandes relatives à la PI. Aussi, le fait de judiciairement changer ou réinterpréter des normes ou directives importantes relatives à la PI, de se prononcer administrativement sur les oppositions à brevets en faveur des demandeurs, ou de reconnaître des limites et exceptions à des droits acquis pourrait être interprété comme violant la norme minimale de traitement.

L'article 12.12 du projet de chapitre sur l'investissement du PTP interdit également l'*expropriation directe et indirecte* d'un investissement couvert, notamment le fait de ne pas payer la pleine valeur marchande au moment de l'expropriation. Même si le sous-paragraphe 5 inclut une exception concernant « les licences obligatoires accordées en lien avec des droits de propriété intellectuelle conformément à l'accord ADPIC », celle-ci ne semble pas contempler les exceptions relatives à l'exclusivité des données ni d'autres limites ou exceptions relatives aux brevets. Même la portion plus large du sous-paragraphe 5 entre crochets, qui inclut une exception à la règle de l'expropriation pour « la révocation, la limitation ou la création de droits de propriété intellectuelle, dans la mesure où une telle allocation, révocation, limitation ou création est conforme au Chapitre \_\_ (Droits de propriété intellectuelle) », ne donne pas le droit de créer de nouvelles exceptions aux DPI en l'absence de rémunération intégrale. Conformément à la règle relative à l'expropriation indirecte, il pourrait donc devenir illégal de créer une exception à l'exclusivité des données en matière de santé publique ou d'adopter des normes plus strictes pour les inventions, comme l'a récemment fait la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Myriad*.

Différents possibilités d'expropriation indirecte sont davantage élaborées dans les projets d'annexes 12-B, C et D et précisent le devoir de protéger les attentes des investisseurs. L'annexe 12-C exige une enquête au cas par cas, basée sur les faits et tenant compte des facteurs cités au sous-paragraphe 4(a) :

- (i) les conséquences économiques de l'action du gouvernement, même si le fait qu'une action ou une série d'actions de l'une des Parties ait des conséquences négatives sur la valeur économique d'un investissement n'établit pas, en soi, la survenance d'une expropriation

indirecte ; (ii) la mesure dans laquelle l'action du gouvernement interfère avec des *attentes distinctes, raisonnables fondées sur l'investissement* (italique ajouté) ; et (iii) la nature de l'action du gouvernement.

Le sous-paragraphe (b) établit quelques faibles limites à ces exceptions :

Sauf dans de rares circonstances, les actions réglementaires non-discriminatoires de l'une des Parties conçues et appliquées pour protéger des objectifs publics légitimes [23 Pour plus de précision, la liste d'objectifs publics légitimes n'est pas exhaustive] tels que la santé publique, la sécurité et l'environnement, ne constituent pas une expropriation indirecte.

Même si cette exception relative à l'intérêt public est utile, elle ne représente pas un privilège absolu. Les investisseurs peuvent toujours prétendre que : (1) les décisions affectant négativement leurs DPI ne font pas progresser les objectifs publics légitimes ; (2) leurs droits sont de rares exceptions où la réglementation non-discriminatoire n'est pas permise ; et (3) les actions réglementaires contestées sont discriminatoires, car elles visent par exemple spécifiquement les investisseurs pharmaceutiques.

En plus de favoriser les demandes au titre d'un traitement injuste et de l'expropriation, le projet de chapitre sur l'investissement du PTP contient également des dispositions classiques sur le traitement national (et traite les investissements et investisseurs étrangers de manière non moins favorable que les nationaux) et la nation la plus favorisée (qui traite les investissements et investisseurs étrangers de l'une des Parties de manière non moins favorable que ceux de n'importe quelle autre Partie ou non-Partie)<sup>6</sup>.

### **Eli Lilly c. Canada – la demande sans lien d'un investisseur**

Les effets potentiels des projets de droits des investisseurs étrangers dans le PTP se font déjà sentir dans les demandes en attente à l'encontre du Canada. Le 2 novembre 2012, Eli Lilly a formulé une notification d'intention d'arbitrage contre le Canada, au titre de l'Accord de libre-échange nord-américain demandant 100 millions CAD. Le litige porte sur une décision de la cour d'appel fédérale du Canada qui a invalidé le brevet d'Eli Lilly pour le Strattera, un médicament traitant l'hyperactivité et les problèmes d'attention ; l'appel de cette décision a été rejeté par la Cour suprême du Canada. Par la suite, après l'invalidation d'un autre brevet pour un médicament soignant les troubles psychiatriques, le Zyprexa, sa confirmation par la Cour d'appel fédérale, et le rejet de l'appel auprès de la Cour suprême, Eli Lilly a formulé une deuxième notification d'intention d'arbitrage et réclame à présent 500 millions CAD pour les deux brevets. En se prononçant contre Eli Lilly dans les deux affaires, la Cour d'appel fédérale soutient que l'utilité d'un brevet est déterminée par la promesse de création faite par le déposant, directement ou par une « prédiction valable » et qu'une telle promesse ou prédiction doit être divulguée lors de la demande de brevet.

Sur le fond, les tribunaux canadiens ont interprété l'élément d'applicabilité industriel/d'utilité de la brevetabilité comme exigeant de divulguer la prétendue utilité. S'il n'y a pas de promesse spécifique d'utilité, l'on doit au moins pouvoir trouver une « trace d'utilité » dans

la demande. Toutefois, si le déposant du brevet va plus loin et prédit ou promet, directement ou indirectement, une utilité spécifique, cette prédiction ou promesse doit alors être étayée par des preuves divulguées dans la demande de brevet. Puisqu'Eli Lilly avait prétendu ou « promis » des avantages thérapeutiques à long-terme dans le cas du Strattera, et des bénéfices à long-terme et des effets secondaires réduits dans le cas du Zyprexa, les tribunaux ont examiné les demandes de brevet pour en trouver les preuves, mais elles n'y figuraient pas.

Eli Lilly prétend que la doctrine canadienne de la promesse et l'exigence connexe de divulgation vont bien au-delà de la pratique normale aux États-Unis et dans l'Union européenne, et que ces prescriptions supplémentaires ne figurent pas dans le Traité de coopération en matière de brevet (TCB), un traité international relatif au droit des brevets<sup>7</sup>. En bref, Eli Lilly cherche à remettre en cause l'invalidation de ses deux brevets ainsi que l'intégralité de la doctrine canadienne de promesse/divulgation de l'utilité<sup>8</sup>. Pour ce faire, Eli Lilly prétend qu'il y a eu violation de la norme minimale de traitement, du traitement national et de la clause sur l'expropriation indirecte.

S'agissant de la norme minimale de traitement, Eli Lilly prétend que ses attentes de profits ont été injustement contrariées par l'adoption judiciaire par le Canada de nouvelles normes relatives à l'utilité et la divulgation. Eli Lilly avance que cette loi jurisprudentielle, différente de celle utilisée dans d'autres pays, a altéré le cadre juridique régissant ses investissements et a violé « ses attentes légitimes et fondamentales d'environnements d'affaires et juridique stables »<sup>9</sup>. Elle avance qu'elle « n'aurait pas pu anticiper que la prescription d'utilité au moment de son investissement (une « simple trace ») serait si largement altérée par l'adoption... de la doctrine de "la promesse du brevet"... »<sup>10</sup>. Eli Lilly ajoute qu'au moment de réaliser son investissement, elle « s'appuyait à raison sur des obligations de divulgations incluses dans la législation nationale par référence aux prescriptions du TCB et ne pouvait anticiper que de nouvelles obligations supplémentaires de divulgation, non-statutaires adoptées des années plus tard seraient appliquées de manière rétroactive pour invalider le brevet pour le Strattera<sup>11</sup>. En bref, Eli Lilly affirme que : « Les mesures... violaient la prescription de "protection et sécurité intégrales" de l'article 1105(12) qui inclut également des prescriptions fondamentales en matière de sécurité juridique »<sup>12</sup>.

S'agissant de l'expropriation, Eli Lilly prétend qu'il y a eu expropriation directe et indirecte<sup>13</sup>. La demande portant sur l'expropriation directe semble grotesque compte tenu de la jurisprudence unanime limitant ce concept à la saisie par le gouvernement d'une propriété réelle. En revanche, la demande portant sur l'expropriation indirecte est plus subtile. Ici, Eli Lilly prétend que : « Les décisions juridiques d'invalidation des brevets pour le Strattera et le Zyprexa sont illégales *du point de vue du droit international* et constituent donc une expropriation (italique ajouté) »<sup>14</sup>. Elle dit ensuite : « Le gouvernement canadien a une obligation positive de s'assurer que sa législation respecte les obligations internationales du Canada au titre des traités, ainsi que les attentes raisonnables de l'investisseur »<sup>15</sup>.

Malgré une disposition protégeant les révocations de brevets conformes à l'ALÉNA des disciplines en matière d'expropriation, similaire à une clause du PTP, Eli Lilly a formulé des demandes sur la base du

chapitre de l'ALENA sur la PI mais aussi sur la base de règles relatives à la PI importées d'autres textes. Eli Lilly prétend notamment que les règles canadiennes relatives à la promesse/la divulgation violent : (1) l'Accord ADPIC, qui n'était pas encore entré en vigueur au moment de la négociation de l'ALENA<sup>16</sup>, (2) le TCB qui couvre expressément les éléments de procédure des demandes de brevets, et pas les normes de fond en matière de brevet<sup>17</sup>, et (3) la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle<sup>18</sup>, qui ne comporte aucune disposition pertinente relative aux critères visant à déterminer l'utilité.

La dernière demande majeure d'Eli Lilly invoque une discrimination du traitement national. Les efforts de l'entreprise en vue d'incorporer des normes de PI externes atteignent ici leur paroxysme. Plutôt que de comparer le traitement accordé aux entreprises nationale et étrangère dans la législation canadienne, Eli Lilly s'appuie sur les normes relatives à l'utilité et la divulgation utilisées aux États-Unis et dans l'UE. Aussi, Eli Lilly affirme :

Les mesures en question sont *de facto* discriminatoires à l'encontre de Lilly, un investisseur des États-Unis, par rapport aux investisseurs nationaux, en exigeant du brevet pour le Strattra (déposé dans le cadre d'une demande internationale) qu'il satisfasse des normes supplémentaires élevées d'utilité et de divulgation, qui ne sont pas exigées par les législations *américaine, européenne ou par les règles harmonisées du TCB* [Traité de coopération en matière de brevets]. Les mesures en question désavantagent les citoyens étrangers et rendent leurs brevets particulièrement vulnérables aux attaques en insistant sur la démonstration de l'utilité et la divulgation de preuve de celle-ci, qui ne sont pas exigées par les *législations nationales* des déposants étrangers ou par le droit international. (italique ajouté)<sup>19</sup>

Dans le dernier argument de son analyse sans queue ni tête du traitement national, Eli Lilly avance que l'invalidation par le Canada de ses brevets favorise d'une certaine manière les fabricants canadiens de génériques qui peuvent maintenant librement produire et commercialiser des versions génériques du Strattra et du Zyprexa, récoltant ainsi les fruits économiques des investissements réalisés par Lilly, et détruisant les parts de marché et profits connexes [exclusifs] de Lilly<sup>20</sup>.

Selon la logique de la demande d'arbitrage investisseur-État d'Eli Lilly, les attentes des investisseurs étrangers sont maintenant découplées. Même la doctrine des attentes légitimes, qui constitue déjà une extension importante des principes clés de la norme minimale de traitement, n'est plus liée à l'application régulière du droit qui est essentielle (norme minimale de traitement) ou aux promesses de cohérence réglementaire (expropriation indirecte) ou au traitement égal à celui offert aux entreprises nationales (traitement national). Au contraire, Eli Lilly relie les attentes relatives à son investissement au meilleur accord relatif à la PI jamais atteint auparavant. De plus, elle suggère que ses attentes tolèrent des modifications de la politique en matière de PI, mais dans une seule direction, celle du renforcement. Toute réduction prudente des attentes relatives au brevet ou aux droits en matière de données pourrait entraîner d'abord l'insuccès de la demande de RDIE, mais aussi réduire l'accès à des médicaments abordables.

## Conclusion

Il existe de nombreuses raisons de s'élever contre le projet du chapitre sur l'investissement du PTP, qui restreint la souveraineté du gouvernement pour réglementer les activités commerciales tout en cédant de facto un certain pouvoir réglementaire aux investisseurs étrangers et aux arbitres privés. En outre, une trop faible attention a été portée aux risques majeurs posés par le chapitre sur l'investissement à l'accès aux médicaments. Les principales entreprises pharmaceutiques ont largement contribué à la proposition américaine du chapitre sur l'IP du PTP, et font maintenant également pression sur le chapitre sur l'investissement. Les Parties au PTP devraient rejeter les dispositions sur l'IP de type ADPIC-plus et celles sur l'investissement, qui restreindront à tort leur capacité à sauvegarder la santé de leurs citoyens. Aussi, la meilleure solution concernant les demandes au titre d'investissement en matière de PI, et les demandes risquées investisseur-État en général, est de supprimer le chapitre sur l'investissement dans sa totalité, ou alors, faute de mieux, d'exclure, de manière plus explicite et efficace, de sa couverture les droits de propriété intellectuelle et leur application.

## Auteur

Brook B. Baker est professeur à la faculté de droit de l'Université Northeastern et participe à ses programmes sur les droits de l'homme et l'économie mondiale ; il est également assistant-chercheur honoraire à l'Université du KwaZulu-Natal et analyste politique senior pour Health GAP (Global Access Project).

## Notes

- <sup>1</sup> Voir en général, les sources des États-Unis sur le PTP disponibles sur <http://www.ustr.gov/tpp> ; Partenariat transpacifique, projet de chapitre sur les droits de la propriété intellectuelle de septembre 2011 (sélection de dispositions), disponible sur <http://www.citizenstrade.org/ctc/wp-content/uploads/2011/10/TransPacificIP1.pdf> ; projet de chapitre sur l'investissement du PTP, disponible sur <http://www.citizenstrade.org/ctc/wp-content/uploads/2012/06/tppinvestment.pdf>.
- <sup>2</sup> *Eli Lilly and Company v. le gouvernement du Canada*, Notification d'intention de soumettre une demande d'arbitrage au titre de l'ALENA (7 nov. 2012) (*Eli Lilly I*), disponible sur <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1172.pdf>. Une deuxième notification d'intention de demande d'arbitrage a été formulée plus récemment (13 juin 2013) (*Eli Lilly II*), disponible sur <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/disp-diff/eli-02.pdf>.
- <sup>3</sup> Article 12.2
- <sup>4</sup> Article 12.2 (g)
- <sup>5</sup> Voir Fiona Marshall, *Fair and Equitable Treatment in International Investment Agreements*, Institut international du développement durable (2007), disponible sur [http://www.iisd.org/pdf/2007/inv\\_fair\\_treatment.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2007/inv_fair_treatment.pdf).
- <sup>6</sup> Voir articles 12.4 et 12.5.
- <sup>7</sup> *Eli Lilly II*, supra note ii, pages 56-66, 79-84, 98, 104.
- <sup>8</sup> *Id.* page 99.
- <sup>9</sup> *Id.* page 111.
- <sup>10</sup> *Id.* page 112.
- <sup>11</sup> *Id.* page 113.
- <sup>12</sup> *Id.* page 114.
- <sup>13</sup> *Id.* pages 102-103.
- <sup>14</sup> *Id.* page 103.
- <sup>15</sup> *Id.* page 106.
- <sup>16</sup> *Id.* pages 6, 9-11, 17, 27-28, 30, 32, 42, 49, 52, 60 et 104.
- <sup>17</sup> *Id.* pages 19-21, 23-26, 28, 33, 56-57, 60, 63, 65, 79, 104, 113, 117.
- <sup>18</sup> *Id.* pages 34, 104.
- <sup>19</sup> *Id.* page 117.
- <sup>20</sup> *Id.* page 118.

## Les déclarations en ligne des comités et agences nationaux des investissements et leurs éventuelles conséquences

par Makane Moïse Mbengue et Deepak Raju

### article 4



Les comités et agences nationaux des investissements opèrent dans différents pays afin d'attirer l'investissement étranger. À cette fin, ils ont souvent des sites Internet mettant en avant les avantages d'investir dans leur pays. Cet article examine certaines catégories communes de représentations et promesses réalisées sur les sites Internet des agences nationales de promotion des investissements et discute leurs éventuelles conséquences juridiques. Il suggère que dans certaines circonstances, de telles déclarations en ligne peuvent être considérées par les tribunaux comme des actes unilatéraux créant des engagements au titre du droit international.

#### Les actes unilatéraux des États et leur valeur aux yeux du droit international

Plusieurs jugements de la Cour internationale de justice (CIJ), et de son prédécesseur la Cour permanente de justice internationale (CPJI), ont reconnu que les États peuvent assumer des obligations à l'échelon international à travers des déclarations unilatérales<sup>1</sup>. Dans l'affaire du *Groenland oriental*, la CPJI a considéré que la Norvège était liée par la « Déclaration d'Ihlen », une déclaration de son Ministre des affaires étrangères stipulant que la Norvège n'était pas opposée à l'occupation du Danemark au Groenland, en réponse à la demande d'un diplomate danois<sup>2</sup>.

Se basant sur le droit, la CIJ a déclaré dans l'affaire des *Essais nucléaires*, en référence à la déclaration française selon laquelle aucun nouveau test ne serait réalisé dans le Pacifique sud :

Il est reconnu que des déclarations revêtant la forme d'actes unilatéraux et concernant des situations de droit ou de fait peuvent avoir pour effet de créer des obligations juridiques. Des déclarations de cette nature peuvent avoir et ont souvent un objet très précis. Quand l'État auteur de la déclaration entend être lié conformément à ces termes, cette intention confère à sa prise de position le caractère d'un engagement juridique, l'État intéressé étant désormais tenu en droit de suivre une ligne de conduite conforme à sa déclaration. Un engagement de cette nature, exprimé publiquement et dans l'intention de se lier, même hors du cadre de négociations internationales, a un effet obligatoire. Dans ces conditions, aucune contrepartie n'est nécessaire pour que la déclaration prenne effet,

non plus qu'une acceptation ultérieure ni même une réplique ou une réaction d'autres États, car cela serait incompatible avec la nature strictement unilatérale de l'acte juridique par lequel l'État s'est prononcé<sup>3</sup>.

Distillant les principes fondamentaux des arrêts de la CIJ et de la CPJI, la Commission du droit international (CDI) a formulé un ensemble de « Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques »<sup>4</sup>. La CDI y spécifie que « pour déterminer les effets juridiques de telles déclarations, il convient de tenir compte de leur contenu, de toutes les circonstances de fait dans lesquelles elles sont intervenues et des réactions qu'elles ont suscitées »<sup>5</sup>. En outre, la CDI souligne l'exigence pour la déclaration d'émaner d'une autorité investie de l'autorité pour engager l'État au plan international.

Dans ce contexte, l'on pourrait avancer que les déclarations faites par les agences nationales de promotion des investissements sur leurs sites Internet peuvent, dans certaines circonstances, être catégorisées comme des actes et déclarations unilatéraux des États et des obligations pour ces derniers peuvent en découler. Comme le reconnaît la CIJ, « il est de plus en plus fréquent, dans les relations internationales modernes, que d'autres personnes représentant un État dans des domaines déterminés soient autorisées par cet État à engager celui-ci, par leurs déclarations, dans les matières relevant de leur compétence »<sup>6</sup>. Comme expliqué plus bas, les conséquences juridiques des déclarations en ligne émanant des agences nationales des investissements dépendent du fait qu'elles soient attribuables ou non à l'État et qu'elles démontrent une intention de l'État d'assumer des obligations internationales envers les investisseurs ou l'investissement étranger.

#### Les effets des déclarations en ligne – l'expérience actuelle

Dans l'affaire *Brandes Investment Partners v. Venezuela*<sup>7</sup>, le demandeur a essayé de démontrer le consentement à l'arbitrage du CIRDI du Venezuela aux déclarations publiées sur les sites Internet des différentes ambassades du pays<sup>8</sup>. Le tribunal arbitral rejeta la communication et refusa de la considérer comme une demande auprès de la compétence du CIRDI. Malheureusement, le tribunal a toutefois traité la question à la hâte et n'a pas justifié sa décision<sup>9</sup>. Le fait qu'il ait examiné les déclarations en détail et ne les ait pas rejetées comme irrecevables suggère cependant que les déclarations figurant sur les sites Internet peuvent être un moyen efficace de créer un engagement à se soumettre à une juridiction ou de créer d'autres engagements au titre du droit international.

Étude des déclarations présentes sur les sites Internet des agences nationales de promotion des investissements L'étude des sites Internet de différentes agences nationales de promotion des investissements identifie certaines représentations et promesses faites aux investisseurs en vue d'attirer l'investissement étranger. Les principales catégories de déclarations apparaissant sur les sites Internet sont représentées ci-dessous, avec des exemples pour chacune d'elles :

1. Déclarations générales sur les conditions économiques

Plusieurs agences nationales de promotion des investissements font des déclarations sur leurs sites Internet concernant la situation économique, les prévisions de croissance, la disponibilité de la main d'œuvre et des ressources naturelles, les infrastructures, etc. Voici quelques exemples :

Agence nationale de promotion des investissements	Déclaration
Agence afghane de soutien des investissements	<p>« L'Afghanistan est un marché émergent à forte croissance et d'une importance stratégique proche de celle des grands marchés mondiaux connaissant la croissance la plus rapide. »</p> <p>« L'Afghanistan est riche en ressources naturelles. »</p> <p>« Même de petits investissements peuvent générer d'importants profits en peu de temps. »</p> <p>« Les risques liés à la sécurité ont été réduits à un niveau raisonnable dans la majeure partie du pays. L'Afghanistan s'est forgé une nouvelle constitution et a librement élu son Président et son parlement. »</p> <p>Déclarations relatives à la faible disponibilité de l'électricité, de l'eau, des infrastructures, etc.</p>
Agence nationale de développement de l'investissement (Algérie)	<p>Disponibilité des ressources naturelles</p> <p>Stabilité économique</p> <p>Accès aux marchés régionaux</p> <p>Main d'œuvre jeune et compétitive</p> <p>Coûts de production compétitifs</p> <p>Infrastructures</p> <p>Possibilités de financement à travers des banques publiques, des fonds d'investissement et des institutions financières</p>

Prosperar (Argentine)	<p>« L'un des pays connaissant la plus importante croissance au monde : le premier d'Amérique latine depuis 10 ans. »</p> <p>« Capacité démontrée à maintenir le cycle de croissance économique depuis le début de la crise mondiale, devant la moyenne des pays émergents. »</p>
Conseil de l'investissement du Bangladesh	<p>« Le Bangladesh offre des coûts de production réellement compétitifs. Les salaires restent les plus bas dans la région, un important atout commercial. Il s'agit pourtant d'une population de plus en plus éduquée, qui sait s'adapter et qui compte de nombreux travailleurs qualifiés. »</p>

## 2. Déclarations générales sur le climat réglementaire

Plusieurs agences nationales de promotion des investissements publient sur leur site Internet des déclarations de caractère général sur le cadre juridique et réglementaire du pays. Voici certains exemples :

Agence nationale de promotion des investissements	Déclaration
Agence afghane de soutien des investissements	<p>« Les principes d'une économie de marché libre sont intégrés à la nouvelle Constitution {art. 10}, et la croissance du secteur privé est la pierre angulaire de la Stratégie nationale de développement. Aussi, le Président et le Gouvernement se sont attelés à réduire les obstacles au développement du secteur privé. »</p> <p>« L'Afghanistan pense encore ses plaies après près de trente ans de guerre et de dévastation. Il n'est pas surprenant que nombre de questions liées à la construction de l'État soient encore à l'ordre du jour. Si la communauté internationale y contribue par une assistance financière et technique afin d'encourager les réformes dans de nombreux secteurs, la législation en ce sens a progressé plus lentement. La plupart de la législation ayant des effets sur vos activités et étant grandement nécessaire pour promouvoir l'investissement et la croissance est encore en discussion. »</p>

Invest Barbados	« La Barbade a établi un cadre réglementaire stable dans le secteur du commerce international. La législation claire et solide offre des directives rigoureuses pour une bonne gouvernance, qui sont appliquées dans chaque secteur par des organismes de contrôle. L'approbation de la Barbade par l'OCDE reflète la force de son système réglementaire. »
Agence de promotion de l'investissement et des grands travaux (Sénégal)	« L'attractivité de la Destination Sénégal en termes d'investissement est soutenue par un programme de réformes majeures de l'environnement des affaires décidées en concertation avec les acteurs des secteurs public et privé concernés. »
Agence nationale de promotion de l'investissement de Maurice	« À Maurice, le droit commercial est un mélange de common law britannique et du Code Napoléon français ».  « Les droits et obligations en matière d'emploi sont régis par la nouvelle loi sur le droit de l'emploi de 2008. Cette loi relativement nouvelle a été élaborée pour répondre aux besoins de l'environnement moderne de l'emploi à Maurice, qui compte à présent une part importante de travailleurs étrangers à tous les niveaux de la hiérarchie ».
Agence de promotion de l'investissement de Chypre	« Favorable aux activités commerciales, droit de common law, transparence fiscale et juridique »  « Le système juridique se base sur les principes de la common law britannique et respecte les lois et réglementations de l'UE (acquis communautaire) »

### 3. Déclarations spécifiques à des lois et réglementations

Certaines agences nationales de promotion de l'investissement font des déclarations concernant spécifiquement certaines lois et réglementations. Certaines se contentent de reproduire le texte de loi existante dans les principaux domaines d'intérêt des investisseurs. Voilà quelques exemples :

Agence nationale de promotion des investissements	Déclaration
Prosperar (Argentine)	Présente la législation relative à l'emploi, à la fiscalité et à l'environnement en citant le nom de la loi
Conseil de l'investissement du Bangladesh	Affiche les liens vers différentes législations nationales majeures
Agence de promotion de l'investissement et des grands travaux (Sénégal)	« Non, il n'existe pas de limite au rapatriement des bénéfices engendrés par une entreprise au Sénégal. »

### 4. Déclarations spécifiques aux mesures incitatives offertes aux investisseurs

Dans certains cas, les sites Internet des agences nationales de promotion des investissements détaillent les mesures incitatives pour les investisseurs, tels que les exemptions fiscales. Voilà quelques exemples :

Agence nationale de promotion des investissements	Déclaration
Prosperar (Argentine)	Donne des détails de différents secteurs spécifiques, dans des zones géographiques données, en lien avec l'emploi, et d'autres mécanismes incitatifs pour les investisseurs.
Conseil de l'investissement du Bangladesh	« Le Bangladesh présente des mesures incitatives fiscales et non-fiscales figurant parmi les plus compétitives du monde. Le CIB peut vous donner plus d'informations sur cette question »  Contient quelques informations sur : l'envoi de redevances, le savoir-faire technique et les frais d'assistance technique ; les facilités pour le rapatriement de dividende et de capital à la sortie ; les permis de résidence permanente si l'investissement est égal à 75 000 USD et la citoyenneté est offerte à partir de 500 000 USD ; exonération fiscale ; allocation de dépréciation ; incitations en espèces et autres pour les industries à l'exportation.

Autorité de développement de l'investissement de Malaisie	Contient des détails spécifiques des incitations offertes aux investisseurs par secteur.
Agence nationale de promotion de l'investissement de Maurice	Contient également des détails spécifiques des incitations par secteur, telles qu'une allocation annuelle de 50 % selon une méthode d'amortissement dégressif pour l'achat d'équipement électronique et informatique.
Bureau pour l'investissement étranger du Koweït	<p>« 1. Quels sont les critères d'attribution des incitations aux projets IED au titre de la législation actuelle ?</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Une technologie et administration modernes ainsi que l'expertise pratique, technique et commerciale</li> <li>• L'extension et la promotion du secteur privé koweïtien</li> <li>• La création d'emplois pour la main d'œuvre locale et sa formation</li> <li>• Des plans de développements économiques et des secteurs ciblés</li> <li>• Le lieu »</li> </ul>
InvestHK (Hong Kong)	Présentation des détails des programmes de couveuse d'entreprises, des garanties de prêt et des fonds de commercialisation.
Autorité pour l'investissement et le développement des exportations du Botswana	Présentation des détails de l'allocation de rabais industriels, de rabais généraux, de mécanismes de réduction des droits de douanes, etc. Le site Internet stipule par exemple : « Machinerie et équipement : Toutes les machines et équipements importés pour la fabrication entrent libres de droits de douanes ».

Agence nationale de promotion des investissements	Déclaration
Algérie	<p>« Une protection renforcée et règlement par l'arbitrage international</p> <p>- Membre des conventions internationales pour la protection des investisseurs, relatives aux garanties et à l'arbitrage international</p>
Invest Barbados	<p>La Barbade a conclu à des traités pour la promotion et la protection des investissements avec le Canada, la Chine, Cuba, l'Allemagne, l'Italie, Maurice, la Suisse, le Royaume-Uni et le Venezuela. Les traités d'investissement conclus avec l'Union économique belgo-luxembourgeoise et le Ghana seront prochainement ratifiés. Aux termes de ces accords, les entités nationales investissant dans un autre État partie bénéficient des dispositions relatives à la protection, notamment des garanties de traitement non-discriminatoire de leurs investissements, du transfert des investissements et des profits détenus dans le pays d'accueil, et du recours à l'arbitrage international pour le règlement des différends avec les États d'accueil ».</p>
Autorité générale de l'investissement (Yémen)	<p>« Dans le cas où surviendrait un différend entre l'investisseur et le gouvernement concernant le projet, le différend pourra être soumis à un arbitrage, conformément aux lois suivantes :</p> <p>le règlement et les procédures d'arbitrage de tout centre d'arbitrage national ou régional approuvé ; ou</p> <p>lu règlement et les procédures d'arbitrage applicables de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)</p>

##### 5. Déclarations relatives à la possibilité d'arbitrage international en matière d'investissement

Parfois, les déclarations présentées sur les sites Internet des agences nationales de promotion des investissements abordent la question de la disponibilité des mécanismes de règlement des différends, notamment l'accès aux tribunaux locaux ou à l'arbitrage en matière d'investissement. En voilà quelques exemples :

Conseil de l'investissement de Jordanie	« Sur le plan international, la Jordanie est partie à de nombreux traités bilatéraux et multilatéraux d'investissement, dont une grande partie offre des méthodes structurées de règlement des différends, tel que le Traité pour le règlement des différends relatifs aux investissements dans les pays arabes qui stipule que le règlement des différends pourra prendre la forme de la conciliation et de l'arbitrage, et le Traité entre la Jordanie et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique pour l'encouragement et la protection réciproques des investissements. Elle est également partie à la Convention de Washington pour le règlement des différends relatifs aux investissements ».
Agence de promotion de l'investissement de la RD Congo	« Le fait d'être un membre du CIRDI basé à Washington DC garantit le règlement par l'arbitrage de tous les différends portant sur les investissements en RDC ».

“ Dans certaines circonstances, de telles déclarations en ligne peuvent être considérées par les tribunaux comme des actes unilatéraux créant des engagements au titre du droit international. ”

#### Les effets juridiques des déclarations

Deux éléments clés permettent de déterminer, le cas échéant, les effets juridiques des déclarations postées par les agences nationales de promotion des investissements sur leur site Internet. D'abord, il faudra déterminer si les déclarations sont imputables à l'État en question afin de créer des obligations internationales engageant l'État<sup>10</sup>. Si c'est le cas, elles devront alors être interprétées conformément aux principes applicables aux déclarations unilatérales des États pour pouvoir déterminer leurs effets.

La nature et la caractérisation nationale de l'agence de promotion des investissements en question, ainsi que ses fonctions, jouent un rôle crucial dans la première étape de l'examen. Tout d'abord, conformément aux règles générales du droit international sur l'imputabilité de responsabilité aux États<sup>11</sup>, telles que codifiées dans les articles de la CDI sur la responsabilité des États, la conduite de tous les organes publics est imputable à l'État<sup>12</sup>. Aussi, il faudra étudier si une agence de promotion des investissements est suffisamment intégrée à la machinerie de l'État pour gagner le titre d'organe public. Si l'agence est un organe public, les déclarations en ligne qu'elle fait et représentant de clairs engagements au titre du droit international pourraient être automatiquement considérées comme des actes unilatéraux de l'État auquel il appartient.

Ensuite, la conduite des entités n'étant pas des organes publics, mais exerçant des éléments d'autorité gouvernementale et recevant leur mandat de l'État, sont également attribuables aux États<sup>13</sup>. Par exemple, si l'agence nationale de promotion des investissements est chargée de la politique relative à l'investissement étranger de son État, l'on peut en déduire que l'agence en question exerce des éléments d'autorité publique. Aussi, l'examen des pouvoirs et fonctions exercées par l'agence nationale de promotion des investissements et de la source des ces pouvoirs sera nécessaire pour déterminer si les déclarations en ligne formulées par lesdites agences peuvent être considérées comme des engagements unilatéraux de l'État en question.

Troisièmement, la déclaration de l'agence nationale de promotion des investissements peut aussi être attribuable à l'État si l'on peut établir que le contenu du site Internet ou l'élaboration de la déclaration était *de facto* contrôlée ou dirigée par l'État<sup>14</sup>, ou si l'État avait approuvé ou faite sienne la déclaration<sup>15</sup>.

Une fois la question relative à l'imputabilité tranchée, l'on peut déterminer les effets juridiques d'une déclaration donnée attribuable à un État.

Lorsque ce sont des déclarations d'ordre général, par exemple des déclarations relatives aux incitations offertes aux investisseurs, des représentations spécifiques de dispositions juridiques, ou à la soumission à l'arbitrage, l'on peut arguer que la déclaration a valeur d'acte unilatéral créant des engagements légalement contraignants pour l'État aux termes du droit international. Dans de telles circonstances, la déclaration peut être traitée comme une promesse (c.-à-d. une offre permanente unilatérale) que l'État sera tenu de respecter. Afin de déterminer de tels effets juridiques d'une déclaration en ligne réalisée par une agence nationale de promotion des investissements, l'on doit examiner son contenu réel ainsi que les circonstances dans lesquelles elle a été prononcée<sup>16</sup>. En d'autres termes, une déclaration en ligne crée des obligations juridique « seulement si elle est formulée de manière claire et spécifique »<sup>17</sup>.

Selon le contexte, les déclarations générales peuvent contribuer à façonner les attentes des investisseurs<sup>18</sup>. Lorsque ces dernières sont légitimes<sup>19</sup>, elles peuvent être protégées par l'invocation de la clause relative au traitement juste et équitable (TJE) comme l'a souligné la jurisprudence actuelle en matière d'investissement<sup>20</sup>.

Dans les deux cas, il faudra soigneusement examiner sa formulation pour déterminer si la déclaration était de telle nature que (i) l'intention de l'État à s'engager à respecter une obligation était exprimée<sup>21</sup> et (ii) les investisseurs peuvent raisonnablement baser leurs attentes sur cette intention. La conduite générale suivie par l'État, les

représentations de l'État par ailleurs, etc. peuvent être pertinents pour le déterminer<sup>22</sup>.

“ Dans leur zèle à attirer les investisseurs étrangers, les agences nationales de promotion des investissements ne devraient pas perdre de vue les effets juridiques potentiels des déclarations figurant sur leurs sites Internet. ”

## Conclusion

Les tribunaux arbitraux statuant sur des questions d'investissement doivent encore développer une jurisprudence complète relative aux effets juridiques des déclarations faites par les agences nationales de promotion des investissements sur leurs sites Internet en vue d'attirer l'investissement étranger. Il n'existe toutefois pas de base logique pour traiter ces déclarations faites sur Internet différemment des déclarations faites hors ligne. Aussi, une déclaration sur le site Internet d'une agencenationale de promotion des investissements créera des obligations pour l'État si, dans son contexte, (i) elle est imputable à l'État et (ii) est de telle nature à pouvoir être assimilée à un acte unilatéral engageant l'État au titre du droit international.

Dans leur zèle à attirer les investisseurs étrangers, les agences nationales de promotion des investissements ne devraient pas perdre de vue les effets juridiques potentiels des déclarations figurant sur leurs sites Internet. Ces agences devraient choisir avec soin le contenu de tels sites Internet. Il pourrait valoir la peine d'ajouter une clause de décharge de responsabilité, ou de conseiller aux internautes de consulter d'autres sources officielles sur la question.

## Auteur

Makane Moïse Mbengue est professeur associé à la Faculté de droit de l'Université de Genève et professeur visitant à la Faculté de droit de Sciences Po Paris. Deepak Raju (Master de droit, Université de Cambridge, 2013), est un ancien associé de Clarus Law Associates, New Delhi.

## Notes

1 Voir M. M. Mbengue, "Investment National Legislation and Unilateral Acts of States", dans E. de Brabandere et T. Gazzini, *International Investment Law. The Sources of Rights and Obligations*, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 183-214.

2 *Le statut juridique du Groenland oriental (Norvège v. Danemark)* [1933] C.P.J.I. Ser. A/B, No. 53, p. 71.

3 *Affaires des essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, Arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 472, para. 46.

4 CDI, Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques, Annuaire de la Commission du droit international, 2006, vol. II, partie deux (« les Principes directeurs »).

5 *Ibid.*, article 3.

6 *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006, p. 27, para. 47.

7 *Brandes Investment Partners, LP v. la République bolivarienne du Venezuela* (Affaire CIRDI n°Arb/08/3), Sentence, 2 août 2011.

8 *Ibid.*, para 50.

9 Le tribunal a simplement stipulé au paragraphe 100 de sa décision : « Le tribunal a soigneusement analysé ces références et n'a trouvé en elles aucune expression manifeste du défendeur de son consentement à la compétence du CIRDI ».

10 Comme l'a expliqué la CIJ, « c'est une règle de droit international bien établie que le chef de l'Etat, le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères sont réputés représenter l'Etat du seul fait de l'exercice de leurs fonctions, y compris pour l'accomplissement au nom dudit Etat d'actes unilatéraux ayant valeur d'engagement international. » *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006, p. 27, para. 46). Aussi, une agence nationale de promotion des investissements n'est généralement pas réputée représenter un État, c'est pourquoi il est nécessaire de démontrer au cas par cas si en réalisant un acte spécifique, elle représente l'État ou non.

11 Généralement, la loi sur la responsabilité des États s'applique afin d'attribuer un fait internationalement illicite à un État, c.-à-d. lorsqu'un autre État allègue une violation potentielle du droit international par ledit État. Cependant, nous considérons que les règles sur l'imputabilité peuvent être pertinentes et s'appliquer afin de déterminer dans quelles circonstances les déclarations en ligne faites par les agences nationales de promotion des investissements peuvent être qualifiées d'engagements unilatéraux d'un État en son nom propre.

12 CDI, Responsabilité des États pour fait internationalement illicite, Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II, partie deux ("ARSIWA"), Article 4.

13 ARSIWA, Article 5.

14 ARSIWA, Article 8.

15 ARSIWA, Article 11.

16 Voir par analogie, *Essais nucléaires (Australie c. France)*, Arrêt, C.I.J. Recueil 1974, pp. 269-270, para 51 ; *Affaire du différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*, Arrêt, C.I.J. Recueil 1986, pp. 573-574, paras. 39-40.

17 Voir par analogie, *Essais nucléaires (Australie c. France)*, (*Nouvelle-Zélande c. France*), C.I.J. Recueil 1974, p. 267, para. 43 ; p. 269, para. 51 ; p. 472, para. 46 ; p. 474, para. 53.

18 Voir en général, *International Thunderbird Gaming Corporation v. les États-Unis du Mexique*, CNUDCI, Opinion distincte du Professeur Thomas Walde, para. 37 (Décembre 2005) ; *Saluka Investments BV (Les Pays-Bas) v. La République Tchèque*, CNUDCI, Sentence partielle, para. 307 (17 mars 2006) ; Abhijit PG Pandya et Andy Moody, 'Legitimate Expectations in Investment Treaty Arbitration: An Unclear Future' (2010-11) 15 *Tilburg L Rev* 93, 105.

19 Voir en général, *EDF (Services) Limited v. Roumanie*, Affaire CIRDI n°ARB/05/13, Sentence, 8 octobre 2009, para. 219.

20 *Metalclad Corporation v. les États-Unis du Mexique*, Affaire CIRDI n°ARB(AF)/97/1, Sentence, 30 août 2000, paras. 37-59, 74-101

21 Voir en général, *Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Company (Royaume-Uni c. Iran)*, C.I.J. Recueil 1952, p. 93.

22 Voir en général, Pandya & Moody, *supra* note 9.

# Nouvelles en bref

## **Le Ministre du commerce sud-africain confirme la dénonciation du TBI avec l'UE**

Le Ministre du commerce et de l'industrie d'Afrique du Sud, Rob Davies, a confirmé que son gouvernement mettait fin aux traités d'investissement conclus avec la Belgique, le Luxembourg et l'Espagne car ils contenaient « des défauts majeurs ».

Pour répondre au Parlement qui souhaitait connaître les raisons de mettre fin à ces accords, le Ministre Davies a expliqué qu'ils étaient « mal rédigés » et « ne jouaient qu'un rôle mineur, voire aucun rôle, dans la décision des investisseurs d'investir dans les pays concernés ».

Le Ministre Davies a expliqué que l'Afrique du Sud cherchait plutôt à renforcer « son régime national de protection des investissements ».

En tout, l'Afrique du Sud compte 13 traités avec les États membres européens, et ITN croit savoir que le pays envisage de mettre fin aux autres traités, en plus de ceux conclus avec la Belgique, le Luxembourg et l'Espagne.

Le gouvernement sud-africain avait réalisé un examen de ses TBI en 2010, examen critiquant largement l'approche de conclusion des traités adoptée suite à la transition démocratique du pays en 1994.

## **L'affaire Renco c. le Pérou doit être transparente et gérée par le CIRDI**

Un arbitrage de la CNUDCI impliquant un producteur de plomb des États-Unis et le gouvernement du Pérou sera mené à bien par le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) de la Banque mondiale. C'est la première fois que le CIRDI rendra public les étapes d'une procédure d'arbitrage utilisant le règlement d'arbitrage de la CNUDCI sur son site Internet.

Le différend très controversé, qui oppose Renco Group au Pérou, porte sur une entreprise de fonderie et de raffinage du métal qui a gravement pollué la ville péruvienne de La Oroya.

Il s'agit du premier arbitrage au titre de l'Accord de promotion des échanges commerciaux États-Unis-Pérou (APE). Conformément aux prescriptions de l'APE sur la transparence, la première ordonnance de procédure émise par le tribunal, datée du 22 août 2013, stipule que les audiences seront publiques et que les documents relatifs à l'arbitrage seront publiés.

## **Des investisseurs menacent la Serbie d'un arbitrage car le pays n'aurait pas respecté son obligation de fournir des terres pour la construction d'un parc solaire**

Un groupe d'investisseurs dans les énergies renouvelables a annoncé son intention de soumettre une demande d'arbitrage contre la Serbie auprès de la Cour d'arbitrage international de Londres pour un différend portant sur le plus grand parc solaire au monde, selon le service d'informations *Global Arbitration Review*.

Les investisseurs, Securum Equity Partners, se plaignent du fait que la Serbie a violé une clause parapluie conclue entre les deux parties en ne respectant pas son obligation de localiser et d'indiquer des terres appropriées pour la construction du parc solaire OneGiga.

Selon les avocats des investisseurs, l'accord conclu avec la Serbie incluait la fourniture d'au moins 3 000 hectares de terres, avec un bail minimum de soixante ans, dans une zone située à moins d'un kilomètre d'un réseau de transmission électrique.

Le gouvernement serbe s'est défendu d'avoir violé l'accord et a accusé les investisseurs de mauvaise foi. La Serbie affirme en effet avoir fourni à l'entreprise un total de 30 000 hectares, soit dix fois la quantité convenue avec les investisseurs pour le développement du projet.

Dans une lettre adressée au cabinet juridique représentant les investisseurs datée du 25 juillet dernier, le Secrétaire d'État serbe affirmait que le gouvernement « avait fait de son mieux et tout ce qui était en son pouvoir » pour fournir des terres appropriées pour la construction du parc solaire OneGiga.

Le projet, estimé à 1,5 milliards d'euros, aurait dû être terminé fin 2015.

## **Le Mali s'expose à des demandes portant sur des ajustements fiscaux**

Randgold Resources, une entreprise enregistrée à Jersey, une île anglo-normande, menace le Mali d'un arbitrage international pour un différend fiscal de 46,5 millions USD.

L'entreprise se plaint du fait que le gouvernement malien a violé un accord en exigeant des ajustements fiscaux sur les salaires des employés étrangers versés entre 2008 et 2010. La Société des Mines de Loulo, une filiale de Randgold Resources, a déposé sa demande auprès du CIRDI le 18 juillet 2013.

*Reuters* a affirmé que le Mali avait réduit le montant d'impôts exigé, mais n'était pas parvenu à trouver un accord avec l'entreprise. Les entreprises minières de métaux précieux se voient obligées de réduire leurs coûts suite à la chute des prix cette année. Randgold a annoncé une chute de 62 pourcent de ses profits au second trimestre, plafonnant à 54 millions USD, et s'est engagé à réduire ses coûts, notamment dans sa mine de Loulo-Goukoto au Mali.

## **Le CIRDI présente des statistiques fiscales mises à jour pour 2013**

Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements a récemment publié la nouvelle version de sa publication en ligne, *Affaires du CIRDI – statistiques* (numéro 2013-2), qui offre un aperçu des affaires enregistrées ou gérées par le Centre au 30 juin 2013.

Cette dernière édition présente les nouvelles affaires du CIRDI, l'historique mis à jour et les statistiques pour l'année fiscale 2013 (1<sup>er</sup> juillet – 30 juin).

Le CIRDI a enregistré 14 nouvelles affaires au cours du premier semestre 2013. L'année dernière, le Centre a enregistré 50 nouvelles affaires, soit le plus grand nombre de son histoire, beaucoup plus élevé que les années précédentes (38 affaires en 2011, 26 en 2010 et 25 en 2009).

Tout comme l'année précédente, au cours de l'année fiscale 2013, les pays d'Europe de l'est et d'Asie centrale sont les principaux défendeurs à hauteur de 26 pourcent des affaires, suivis des pays d'Amérique du Sud (24 %) et des pays du Moyen-Orient et d'Afrique du Nord (10 pour cent). C'est le Venezuela qui a fait face au plus grand nombre d'affaires, avec 9 nouvelles affaires en 2013, le même chiffre que pour l'année fiscale 2012.

Et tout comme pendant l'année fiscale 2012, ce sont les affaires portant sur les secteurs pétrolier, gazier et minier qui sont les plus nombreuses en 2013.

Pendant l'année fiscale 2013, la compétence a été affirmée principalement au titre de traités bilatéraux d'investissement (74 %), suivi de la législation relative aux investissements du pays d'accueil (16 %), des contrats investisseurs-État (8 %), et du Traité sur la Charte de l'énergie (2 %). Ces chiffres sont proches des moyennes historiques de 65 % au titre des TBI, 19 % au titre des contrats investisseurs-État, 7 % de la législation relative aux investissements du pays d'accueil, 4 % au titre du TCE, et 3 % au titre de l'ALENA.

Les statistiques relatives aux affaires du CIRDI sont disponibles ici : <https://icsid.worldbank.org/ICSID/Servlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=CaseLoadStatistics>

# Sentences et décisions

**Une demande contre le Turkménistan est rejetée pour défaut de compétence : le demandeur n'avait pas respecté l'obligation de présenter la demande aux tribunaux nationaux** *Kiliç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi c. Turkménistan, Affaire CIRDI n°ARB/10/1*  
**Damon Vis-Dunbar**

L'affaire d'un demandeur turc a été rejetée par un tribunal du CIRDI car le premier n'avait pas au préalable présenté sa demande aux tribunaux nationaux du Turkménistan.

Dans une décision datée du 2 juillet 2013, les arbitres M. J. William Rowley et le Professeur Philippe Sands ont décliné leur compétence, tandis que l'arbitre nommé par le demandeur, le Professeur William W. Park, a émis une opinion distincte.

Le demandeur, Kilic, est une entreprise turque de construction dont les investissements ont rapidement chuté au Turkménistan. Elle ne s'est pas cachée d'avoir contourné les tribunaux turkmènes pour aller directement à l'arbitrage international, mais a avancé que cela était possible en utilisant la clause de la Nation la plus favorisée (NPF) contenue dans le TBI Turquie-Turkménistan.

En l'occurrence, Kilic a cherché à « emprunter » la disposition relative au règlement des différends contenue dans le TBI Suisse-Turkménistan qui n'exige pas des investisseurs de présenter d'abord leurs demandes aux tribunaux nationaux avant de pouvoir la soumettre à un arbitrage international. Si le tribunal rejeta cet argument, le demandeur affirma également que le recours aux tribunaux turkmènes aurait été « inefficace et inutile ».

*Le recours aux tribunaux nationaux est considéré comme une pré-condition à l'accès à l'arbitrage*

Le tribunal a commencé par étudier si le TBI exigeait effectivement de présenter d'abord la demande aux tribunaux nationaux du Turkménistan avant d'obtenir le consentement de l'État à l'arbitrage.

La décision a été rendue plus difficile du fait que le TBI existait en plusieurs langues, et que les parties au différend n'étaient pas d'accord sur les textes considérés comme officiels, ainsi que sur leur traduction. Finalement, la traduction de la version officielle russe en anglais a convaincu la majorité que la présentation de la demande aux tribunaux nationaux était une obligation juridictionnelle. Cette décision a été publiée le 7 mai 2012.

*Le tribunal rejette la distinction entre compétence et admissibilité*

En se référant à la décision sur la compétence de l'affaire *Abaclat vs. Argentine*, le demandeur arguait que l'obligation de présenter sa demande aux tribunaux nationaux devait être considérée comme une question « d'admissibilité » et non pas de « compétence ». Partant de là, le demandeur affirmait que le tribunal pouvait suspendre la procédure permettant ainsi au demandeur de « parfaire » l'exigence relative à l'admissibilité en présentant sa demande aux tribunaux turkmènes.

Ce raisonnement n'a toutefois eu que peu de poids auprès du tribunal, qui considérait que le tribunal d'*Abaclat* « avait commis une erreur de droit ». Il considéra en effet que la question essentielle était celle du consentement de l'État à l'arbitrage, et des conditions liées à ce consentement, plutôt que celle de l'admissibilité.

Le tribunal a fait référence à l'article 26 de la Convention du CIRDI, qui « reconnaît explicitement qu'un État partie peut imposer des conditions à son consentement à l'arbitrage mené au titre de la Convention du CIRDI ». Au sens de la majorité, l'obligation de présenter sa demande aux tribunaux nationaux du TBI Turquie-Turkménistan s'entendait donc ainsi.

*La clause NPF considérée comme ne s'étendant pas au règlement des différends*

Comme nous l'avons déjà mentionné, le premier argument du demandeur reposait sur la clause NPF du TBI, soutenu par référence à plusieurs affaires dans lesquelles les tribunaux avaient déterminé que la clause NPF permettait aux demandeurs d'accéder aux dispositions relatives au règlement des différends contenues dans les traités conclus avec des tierces parties.

Le tribunal a commencé par souligner que l'on ne devait pas « présumer [que les dispositions relatives au règlement des différends] étaient incluses dans la portée des clauses NPF ». Le tribunal allait plutôt étudier le contexte plus large du traité, et voir la place de la disposition NPF « dans l'ensemble du TBI ».

Le tribunal a souligné l'importance de la structure du traité, qui distingue « les droits substantiels liés aux investissements, des dispositions rectificatives liées à ces droits ». À son sens, cette « distinction suggère fortement que le "traitement" des "investissements" auxquels sont alloués des droits NPF ne devait se référer qu'à la portée des *droits substantiels*... ».

Le tribunal nota également que la Turquie avait signé nombre de TBI avant de signer celui avec le Turkménistan, et certains d'entre eux n'exigeaient pas de soumettre la demande aux tribunaux locaux avant d'obtenir le consentement du pays à l'arbitrage. Le tribunal songea qu'il aurait été peu logique pour la Turquie de vouloir étendre la clause NPF de son traité avec le Turkménistan au règlement des différends. Sinon, cela signifiait que « les pré-conditions juridictionnelles soigneusement formulées » contenues dans le TBI Turquie-Turkménistan pouvaient être immédiatement contournées par un demandeur.

En replaçant le traité dans son contexte historique – il a été signé en 1992 – le tribunal conclut qu'il n'était très probablement pas venu à l'esprit des négociateurs que la clause NPF pouvait s'étendre aux dispositions du traité relatives au règlement des différends. En effet, ce n'est qu'en 2000, dans la décision sur la compétence rendue dans l'affaire *Maffezini v. Espagne*, qu'un tribunal statuant en matière d'investissement à le premier considéré qu'il était approprié de lier la clause NPF au règlement des différends.

Se penchant sur les décisions utilisées par le demandeur pour étayer son argument selon lequel la clause NPF devrait s'étendre au règlement des différends, le tribunal expliqua que les clauses NPF dans ces affaires étaient différentes de celle contenue dans le TBI Turquie-Turkménistan. Les clauses NPF de ces traités étaient en effet plus larges – elles comprenaient par exemple « toutes les questions faisant l'objet du présent accord » – que celle du TBI Turquie-Turkménistan.

#### *Le tribunal ne trouve pas de preuve d'inutilité*

Le demandeur n'a pas non plus convaincu le tribunal que le fait de présenter sa demande aux tribunaux locaux aurait été « inutile ».

Le demandeur prétendait que le pouvoir judiciaire du Turkménistan n'était pas indépendant et n'était pas réputé pour son respect des droits humains. Le tribunal considéra toutefois que ces allégations n'étaient pas appropriées. Les questions pertinentes étaient les suivantes : a) les tribunaux turkmènes sont-ils disponibles ? ; et b) certains écueils spécifiques à ces tribunaux rendaient-ils la demande de Kilic inutile ?

Selon les mots du tribunal, le demandeur « n'avait apparemment entrepris aucune démarche [en vue d'initier une procédure auprès des tribunaux turkmènes] avant de soumettre sa demande au CIRDI », et n'avait pas non plus présenté de preuves suggérant qu'il avait envisagé ses options. Aussi, le tribunal détermina que le demandeur n'avait pas apporté la preuve de l'inutilité de présenter sa demande aux tribunaux locaux turkmènes.

#### *Les coûts*

Les frais du demandeur s'élevaient à environ 1,8 millions USD, tandis que ceux du Turkménistan avoisinaient les 4,2 millions USD.

Le tribunal considéra donc qu'il était raisonnable que le demandeur paye une partie des coûts du Turkménistan, puisqu'il n'avait pas suffisamment pris en compte que le fait de ne pas présenter sa demande aux tribunaux locaux affecterait la compétence du tribunal.

Cependant, le tribunal partageait la préoccupation du demandeur selon laquelle les frais de représentation du Turkménistan – 13'415 heures annoncées par son équipe de juristes – semblaient élevés compte tenu du fait que la procédure ne s'était jusqu'à présent penchée que sur des questions juridictionnelles relativement mineures.

Le tribunal décida donc que 2 millions USD étaient des frais plus raisonnables pour le pays, et que le demandeur devrait en payer la moitié. S'agissant des frais du tribunal et du CIRDI, ils ont été payés par le demandeur à hauteur de 75 % et de 25 % par le Turkménistan.

#### *L'opinion distincte de William W. Park*

Selon le Professeur Park, le tribunal aurait dû suspendre la procédure pour permettre au demandeur de présenter sa demande aux tribunaux turkmènes. Selon ses propres mots : « Si une sentence opportune s'avère acceptable pour l'investisseur, la procédure prend fin. Si ce dernier

reste mécontent, l'arbitrage reprend pour les demandes relevant du TBI ».

Le Professeur Park nota que la version anglaise du TBI était maladroite, et ne permettait pas de déterminer si la présentation de la demande aux tribunaux locaux était obligatoire ou optionnelle. Le Professeur a écrit que le fait d'obliger le demandeur à payer les coûts d'un arbitrage raté, en dépit du fait que le traité était mal rédigé, était « contraire aux termes et à l'objet du TBI ».

« Six mois c'est six mois »

Le Professeur Park a souligné que le TBI stipule clairement que les différends « peuvent être » soumis à un arbitrage « dans les six mois suivant la date de la notification écrite ». Cela suggère que le fait de mener une procédure domestique pendant un an n'est pas une prescription juridictionnelle difficile à tenir, écrit le Professeur Park.

Le Professeur Park a anticipé un problème au cas où le différend aurait été soumis à un tribunal local, et une décision aurait été rendue rapidement *en moins* d'un an (puisque le traité stipule qu'un différend peut être soumis à arbitrage si le jugement final du tribunal local « n'est pas rendu en moins d'un an »).

Le meilleur moyen de résoudre ces conflits, selon le Professeur Park, est d'interpréter le texte sur la procédure nationale comme une prescription de procédure – et non pas juridictionnelle – conçue pour donner aux tribunaux locaux la possibilité de régler le différend. Cela permettrait au tribunal arbitral de reconnaître sa compétence, mais de poursuivre l'arbitrage à l'examen quant au fond seulement si certaines conditions étaient respectées. Dans ce cas, cela reviendrait à donner au système judiciaire turkmène une possibilité raisonnable de régler le différend.

Selon les mots du Professeur Park, si la Turquie et le Turkménistan avaient voulu que la procédure nationale soit liée à leur consentement à l'arbitrage, ils auraient utilisé une formulation plus claire. Une déclaration de type « les investisseurs peuvent soumettre leur demande à un arbitrage seulement après s'être adressés aux tribunaux locaux » aurait été claire.

La décision est disponible sur :

[http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1515\\_0.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1515_0.pdf)

L'opinion distincte du Professeur William W. Park est disponible sur : [http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw5002\\_0.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw5002_0.pdf)

**Un tribunal reconnaît sa compétence sur une demande formulée par un investisseur du Royaume-Uni contre le Turkménistan grâce à la clause NPF**  
*Garanti Koza LLP c. Turkménistan, Affaire CIRDI n°ARB/11/20*  
**Oleksandra Brovko**

La majorité d'un tribunal composé de trois arbitres a donné à un investisseur du Royaume-Uni accès à l'arbitrage du CIRDI par l'importation des dispositions plus flexibles relatives au règlement des différends contenues dans le TBI Suisse-Turkménistan.

La décision sur la compétence datée du 3 juillet 2013 pose encore une fois la question contentieuse de savoir si la clause de la Nation la plus favorisée (NPF) peut être utilisée pour contourner des restrictions liées au règlement des différends. En l'espèce, la clause NPF du TBI Royaume-Uni-Turkménistan s'étend expressément au règlement des différends. Au sens de la majorité, cela permet au demandeur de contourner la demande concurrentielle du TBI qui exige des parties de résoudre leur différend par un arbitrage de la CNUDCI, sauf si elles conviennent d'utiliser un autre processus arbitral (comme par exemple celui du CIRDI).

### Contexte

Le demandeur, Garanti Koza LLP, une entreprise à responsabilité limitée enregistrée au Royaume-Uni, a été engagé par une entreprise publique Turkmenautoyollari (routes turkmènes) pour construire des ponts et passerelles d'autoroutes. Garanti se plaint du fait que le Turkménistan ait fait usage de ses prérogatives pour l'obliger à modifier le contrat, entraînant des pertes et au bout du compte la confiscation de ses actifs.

Le Turkménistan avance au contraire qu'il a mis fin au contrat compte tenu de l'incapacité de Garanti à terminer le travail dans les délais convenus.

Puisque la procédure a été court-circuitée, la décision actuelle se penche sur les objections du Turkménistan à la compétence du tribunal. Le pays affirmait ne pas consentir à la compétence du CIRDI au titre du TBI Royaume-Uni-Turkménistan et, qu'en outre, un tel consentement ne peut être importé d'un autre TBI en l'absence de consentement exprès dans le TBI de base.

### *Le TBI stipule que la CNUDCI est le forum par défaut*

Le tribunal s'est concentré sur l'interprétation des paragraphes (1) et (2) de l'article 8 du TBI Royaume-Uni-Turkménistan. L'article 8 (1) concerne le consentement de l'État d'accueil au règlement des différends par l'arbitrage international, et l'article 8 (2) présente les diverses options pour le processus d'arbitrage. Il faut noter que l'arbitrage de la CNUDCI est la règle par défaut, tandis que le CIRDI et la CCI sont disponibles grâce au consentement des parties.

Le tribunal a expliqué que l'article 8(1) aborde la question du consentement du Turkménistan à participer à un arbitrage international et l'article 8(2) présente les systèmes d'arbitrage pouvant être utilisés si les conditions de l'article 8(1) sont respectées. Notant l'usage des mots « devront » et « pourront » dans les articles 8(1) et (2) respectivement, la majorité du tribunal a décidé que seul l'article 8(1) traitait la question du consentement.

Comme expliqué plus avant, la Professeure Boisson de Chazournes n'était pas d'accord sur ce point, et conclut que l'article 8(2) concernait également le consentement de l'État d'accueil à l'arbitrage. Cette conclusion l'a poussé à se désolidariser de la majorité sur la question de savoir si la clause NPF pouvait être utilisée pour accéder à d'autres possibilités de règlements des différends contenues dans d'autres TBI du Turkménistan.

### *Le consentement à l'arbitrage du CIRDI grâce à la clause NPF est autorisé par la majorité*

Pour déterminer si la clause NPF inclut les dispositions relatives au règlement des différends – et permet donc au demandeur de contourner la règle par défaut de la CNUDCI incluse à l'article 8(2) – le tribunal s'est penché sur la formulation de la clause NPF en question et sur sa portée. L'article 3(3) du TBI stipule que la clause NPF s'applique aux dispositions des articles 1 à 11. Aussi, le tribunal a décidé que la clause NPF s'appliquait sans équivoque aux dispositions relatives au règlement des différends contenues dans l'article 8.

Le tribunal a donc autorisé le demandeur à invoquer des dispositions relatives au règlement des différends plus favorables (c.-à-d. des dispositions ouvrant droit à l'arbitrage du CIRDI) contenues dans les traités signés par le Turkménistan avec la Suisse, la France, la Turquie, l'Inde et dans le Traité sur la Charte de l'énergie.

Ce faisant, le tribunal a rejeté l'argument du Turkménistan selon lequel l'application de la clause NPF au règlement des différends priverait le TBI de son *effet utile*<sup>1</sup>. Le Turkménistan fit remarquer qu'en 1995 (à la date de signature du TBI Royaume-Uni-Turkménistan), le Royaume-Uni était déjà partie à d'autres traités offrant le consentement à l'arbitrage du CIRDI. Aussi, une décision consciente d'étendre la clause NPF au règlement des différends, tout en restreignant soigneusement le consentement au seul arbitrage de la CNUDCI, aurait été contradictoire.

Le tribunal remarqua toutefois que « l'effet utile » de la clause NPF elle-même était en jeu. À son sens, « la clause NPF elle-même perdrait son effet utile si elle ne pouvait jamais être utilisée pour outrepasser une autre disposition du traité ».

### *Mieux vaut pouvoir choisir que de ne pas avoir le choix*

Finalement, le tribunal a cherché à savoir si le TBI Suisse-Turkménistan, sur lequel se basait notamment le demandeur, offrait en effet un traitement plus favorable que le TBI au cœur de l'affaire, en proposant un choix entre les arbitrages du CIRDI et de la CNUDCI.

Le tribunal n'a pas approfondi les différences entre les règles de procédure de la CNUDCI et celles du CIRDI, mais jugea plutôt que le simple fait qu'un traité propose un choix était plus favorable qu'un traité ne proposant pas de choix.

### *L'opinion divergente de Laurence Boisson de Chazournes*

Au sens de la Professeure Boisson de Chazournes, la clause NPF sert à garantir des relations conventionnelles équilibrées et cohérentes entre les membres de la communauté internationale. Elle affirmait que les TBI n'étaient jamais conclus par les États souverains avec l'idée de permettre le « shopping au consentement ». Aussi, la principale tâche du tribunal consistait à établir, sans le moindre préjugé, si le consentement à l'arbitrage du CIRDI était donné dans le TBI Royaume-Uni-Turkménistan. Si ce n'était pas le cas, l'absence de consentement ne pouvait être rectifiée par l'importation de celui-ci d'un autre traité.

### *L'interprétation de l'article 8 du TBI Royaume-Uni-Turkménistan*

La Professeure Boisson de Chazournes n'était pas d'accord avec l'interprétation de l'article 8 du TBI Royaume-Uni-Turkménistan faite par la majorité. À son sens, les conditions fixées par l'article 8(1) relatives au consentement à l'arbitrage international doivent être lues à la lumière des conditions spécifiques établies à l'article 8(2). En d'autres termes, la question du consentement n'est pas abordée seulement à l'article 8(1) ; le lancement d'un arbitrage en matière d'investissement dans un forum choisi est également sujet à consentement aux termes de l'article 8(2).

### *La clause NPF et la disposition relative au règlement des différends dans le TBI Royaume-Uni-Turkménistan*

L'opinion divergente stipule que la clause NPF ne s'applique que si un investisseur étranger se trouve déjà dans un processus de règlement des différends avec l'État d'accueil ; si ce processus n'est pas en cours, il n'y a pas de raisons de soulever la question du traitement plus ou moins favorable.

Sur cette base, la Professeure Boisson de Chazournes a souligné que l'application de la clause NPF était subordonnée à l'application préalable de l'article 8(2) du TBI Royaume-Uni-Turkménistan. Puisque le Turkménistan n'avait pas donné son consentement à l'arbitrage du CIRDI comme exigé à l'article 8(2), la Professeure Boisson de Chazournes conclut que le demandeur ne devait être autorisé à invoquer un traitement plus favorable pour accéder à l'arbitrage du CIRDI contenu dans d'autres TBI signés par le Turkménistan.

Au sens de la Professeure, la clause NPF n'est pas « une forme d'acceptation permettant de satisfaire la compétence du CIRDI ».

La décision est disponible sur :  
<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1541.pdf>

L'opinion divergente de Laurence Boisson de Chazournes est disponible sur :  
<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1540.pdf>

### **L'un des arbitres statuant sur une demande relative aux bons souverains suggère que la décision de la majorité outrepassa sa compétence**

*Ambiente Ufficio S.p.A. et autres (ancienne affaire Giordana Alpi et autres) c. Argentine Affaire CIRDI n° ARB/08/9, opinion divergente*  
**Diana Rosert**

Un arbitre a fermement défendu l'idée qu'un tribunal du CIRDI n'aurait pas dû reconnaître sa compétence sur l'une des demandes relatives aux droits à la sécurité, dans le contexte de la restructuration de la dette souveraine argentine.

L'opinion divergente de M. Santiago Torres Bernárdez dans l'affaire *Ambiente Ufficio S.p.A. et autres vs. la République d'Argentine*, déposée le 2 mai 2013, critique l'approche interprétative adoptée par ses deux collègues

du tribunal, le Juge Bruno Simma et le Professeur Karl-Heinz Böckstiegel<sup>2</sup>.

D'emblée, M. Torres Bernárdez précisait que la décision de la majorité démontrait « un zèle excessif à protéger les intérêts de prétendus investisseurs étrangers (que l'on remarque également dans plusieurs autres décisions arbitrales entre investisseurs et États d'accueil). Il prétendait que ses coarbitres avaient mal interprété la Convention du CIRDI et les parties fondamentales du Traité bilatéral d'investissement (TBI) Argentine-Italie, et donc outrepassé les limites de compétence du tribunal.

M. Torres Bernárdez considérait que la décision de la majorité s'éloignait de l'interprétation « de bonne foi » du TBI, tel que le prescrit la Convention de Vienne sur le droit des traités (CVDT), et que les dispositions en question étaient mal interprétées ou omises, et la jurisprudence soigneusement sélectionnée. Plus généralement, M. Torres Bernárdez soulignait que les tribunaux statuant sur des affaires d'investissement étaient « des tribunaux internationaux à la compétence limitée », et que par défaut, ils devaient rejeter leur compétence lorsque des doutes existaient quant au consentement de l'État partie. Il considérait qu'il était du devoir des États, et « non pas du devoir des tribunaux arbitraux du CIRDI, établis pour statuer sur une affaire donnée, d'assumer des tâches législatives générales ».

### *La relation particulière entre la décision de la majorité et celle d'Abaclat et autres v. Argentine*

M. Torres Bernárdez critiqua ses coarbitres pour « avoir adopté, dès le début jusqu'à la fin, les conclusions de la décision de la majorité d'*Abaclat*, indépendamment des faits juridiques objectifs ». L'affaire *Abaclat* implique plus de 60 000 demandeurs italiens aux doléances similaires contre l'Argentine portant sur la restructuration de sa dette souveraine. Comme dans le cas présent, la majorité du tribunal d'*Abaclat* a accepté sa compétence, tandis que le troisième membre du tribunal a émis une âpre opinion divergente.

M. Torres Bernárdez soulignait toutefois que les similarités entre les différends méritaient un examen plus profond, même si les deux affaires portaient sur les instruments de la dette souveraine et relevaient du même TBI. À son sens, il existait d'importantes différences dans les faits des deux affaires qui imposaient un jugement autonome, tel que l'exige d'ailleurs la Convention du CIRDI. En plus du nombre de demandeurs (90 contre 60 000 dans l'affaire *Abaclat*), les différences concernaient également le type de transaction économique en question, le rôle des tierces parties respectives et le respect par les demandeurs des pré-conditions à la compétence.

### *Les instruments de la dette souveraine ne sont pas un « investissement protégé »*

M. Torres Bernárdez commençait pas affirmer que le tribunal du CIRDI n'avait pas compétence pour statuer sur l'affaire car ni les instruments de la dette souveraine ni « les transactions économiques en jeu n'étaient considérés comme un investissement protégé aux termes de la Convention du CIRDI et/ou du TBI Argentine-Italie ».

Il considérait que, indépendamment de la formulation du TBI et de la question du consentement des parties, la Convention du CIRDI stipulait des « limites » à la compétence du Centre. Il jugea que le cas d'espèce impliquait « de simples relations commerciales », qui ne sont pas des investissements protégés aux termes de la Convention du CIRDI. En outre, M. Torres Bernárdez affirma que les transactions sur les marchés primaire et secondaire ne constituaient « aucune opération économique » ou aucun investissement, contrairement à ce que prétendait la majorité, mais étaient « sans rapport » et créaient des instruments financiers différents.

L'arbitre n'était pas non plus d'accord avec les conclusions de la majorité que les critères dits de Salini étaient respectés. À son sens, les critères Salini étaient de nature juridictionnelle et déterminaient s'il existait un « investissement protégé » au titre de la Convention du CIRDI. Il insista sur le fait que les droits à la sécurité ne satisfaisaient « aucun de ces critères ». Il considéra, entre autres, que les droits à la sécurité concernant des obligations ne possédaient pas le caractère de « durée » nécessaire pour manifester l'existence d'une opération d'investissement compte tenu du « placement et de la circulation rapides des obligations sur les marchés » et de leur nature de « transactions de capital volatil ».

M. Torres Bernárdez pensait en outre que ses coarbitres avaient « mal interprété » la disposition pertinente du TBI (article 1) lorsqu'ils ont déterminé que celui-ci couvrait les instruments de la dette souveraine des demandeurs. Il expliqua que la majorité avait considéré les « obligations » comme faisant partie d'une liste non-exhaustive d'exemples fournis par la traduction informelle en anglais du TBI fournie par les demandeurs. M. Torres Bernárdez affirma non seulement que les mots utilisés dans les versions espagnoles et italiennes originales n'étaient pas correctement traduits en anglais, mais aussi que le tribunal avait négligé le chapeau de la disposition, un élément essentiel qui exigeait que la liste d'exemples constitue un « investissement ». Il affirmait en outre que, grâce à « une interprétation correcte et de bonne foi » du terme « investissement » tel qu'utilisé dans le TBI, les droits à la sécurité n'étaient pas couverts.

Il a confirmé l'argument argentin selon lequel la disposition contenait une obligation claire de réaliser les investissements protégés sur le territoire du pays et conformément à ses lois et réglementations. Puisque M. Torres Bernárdez pensait que « les obligations souveraines sont des flux de capitaux intangibles sans réalisation physique dans le territoire d'un pays d'accueil donné », il considéra qu'elles ne constituaient pas un investissement réalisé sur le territoire argentin. Il trouva encore plus difficile de justifier que les droits à la sécurité en question respectaient le critère du territoire.

M. Torres Bernárdez n'était pas d'accord avec l'idée que l'Argentine était le bénéficiaire du prétendu investissement sur son territoire, ou que le droit avait contribué à son développement économique, comme l'avait affirmé la majorité. Il critiqua le Juge Simma et le Professeur Böckstiegel pour avoir appliqué ces critères pour établir la territorialité tout en négligeant « le sens ordinaire » de la prescription relative au territoire. En outre, il affirma que puisque « le défendeur n'avait

accueilli rien ni personne », la prescription selon laquelle l'investissement doit être réalisé conformément aux lois et réglementations du pays d'accueil n'était pas respectée.

Il considéra également que la restructuration de la dette souveraine « n'était pas à première vue un acte illicite au niveau international ». Il était donc « injustifié et prématuré » pour ses coarbitres de statuer en faveur des demandeurs. Selon ses mots, la majorité a négligé le fait que « la restructuration en 2005 de sa dette souveraine par l'Argentine suit les principes, étapes et méthodes généralement appliqués en temps opportun par la communauté internationale à ce type d'opérations financières souveraines aux répercussions internationales ».

*Les procédures multipartites « ne relèvent pas » de la compétence du tribunal*

M. Torres Bernárdez était d'accord avec la décision de la majorité selon laquelle l'affaire relevait d'une procédure multipartite plutôt que d'une « procédure collective », et « ne pouvait donc être gérée » par le tribunal. Il soutint toutefois que la Convention du CIRDI exige tout de même le consentement explicite de l'État défendeur à de telles procédures. Aussi, il désapprouvait la conclusion de la majorité selon laquelle la Convention avait une portée permettant la procédure puisqu'elle n'abordait pas la question. Il soutint au contraire que, conformément aux règles générales contenues dans le droit public international, la règle par défaut en cas de silence consiste à ne pas reconnaître sa compétence.

Il argua en outre que l'offre d'arbitrage présente dans le TBI ne contenait pas de consentement aux procédures multipartites. M. Torres Bernárdez souligna qu'au contraire, le « défendeur y avait manifesté son opposition dès le début ». À son sens, il était « erroné » de décider que le consentement de l'Argentine était présent en l'espèce.

Il a également questionné l'approche interprétative de ses coarbitres, arguant qu'ils avaient fait un usage sélectif de la jurisprudence pour démontrer que l'arbitrage multipartite était une pratique généralement acceptée n'exigeant pas le consentement explicite du défendeur.

*La majorité a « préjugé » de sa compétence ratione personae*

M. Torres Bernárdez considéra que la nationalité des demandeurs était un autre point juridictionnel essentiel, et avança qu'il aurait dû être abordé, de manière approfondie et certaine, lors de l'examen quant au fond et non pas à la phase préliminaire. Selon lui, la majorité « s'était trop avancée » lorsqu'elle a confirmé avoir compétence *prima facie* sur les affaires des demandeurs. Notamment, la conclusion de la majorité selon laquelle les demandeurs satisfaisaient au critère de nationalité *prima facie* devait être considérée comme une « présomption en faveur des demandeurs sur des questions de nationalité et de domicile » puisque le tribunal n'avait alors pas encore vérifié la nationalité de chacun des demandeurs. Il considérait comme un nouveau signe du manque de neutralité de la majorité

le fait que celle-ci avait fait passer la charge de la preuve des demandeurs à l'Argentine, tandis qu'à son sens, « conformément au droit international », l'entière charge de la preuve concernant la nationalité et le consentement revenait aux demandeurs.

En outre, M. Torres Bernárdez attirait l'attention sur le critère de territorialité qui concerne les investisseurs, et qui aurait été omis par la majorité. Pour lui, il s'agissait d'un « autre exemple de la tendance de la décision de la majorité à éviter autant que possible les obligations juridictionnelles ou à les passer sous silence ».

*Les conditions de l'offre d'arbitrage argentine sont « parfaitement claires »*

M. Torres Bernárdez nota que le consentement à l'arbitrage de l'Argentine contenait deux pré-conditions obligatoires – la tenue de consultations à l'amiable au préalable, et le recours aux tribunaux nationaux pendant 18 mois – que les investisseurs devaient satisfaire avant de pouvoir lancer un arbitrage international. Il argua que le tribunal n'avait pas compétence sur la question puisque les demandeurs ne remplissaient aucune des deux conditions, un fait d'ailleurs reconnu par les demandeurs dans leur demande d'arbitrage. Il rejeta la tentative par les demandeurs d'importer des dispositions relatives au règlement des différends plus favorables d'autres traités par le biais de la clause de la nation la plus favorisée, puisqu'il considérait que cette clause ne s'étendait pas à ces questions.

La majorité avait conclu que malgré l'absence de consultations, les demandeurs ne violaient pas cette condition puisqu'il n'existait aucune perspective de règlement du différend de cette manière. Elle avait en outre décidé qu'une exception à l'obligation de recours national pendant 18 mois était justifiée puisque les efforts entrepris dans ce sens auraient été « inutiles ».

M. Torres Bernárdez rétorqua que, en général, les investisseurs étrangers ne pouvaient altérer ou déroger aux conditions à remplir pour obtenir le consentement de l'État à l'arbitrage. Il jugea d'ailleurs qu'une « exception pour inutilité » n'était pas juridiquement fondée. Il considéra que la décision de la majorité se basait sur les arguments spéculatifs avancés par les demandeurs.

En outre, M. Torres Bernárdez affirma que la demande d'arbitrage des demandeurs était « remplie d'incohérences à de nombreux égards » ce qui la rendait irrecevable. En effet, elle ne portait pas la signature des demandeurs, mais en plus, à son sens, elle ne comportait pas non plus les preuves factuelles de l'existence d'un « différend juridique » antérieur, aux termes de la Convention du CIRDI et du TBI. Dans l'ensemble, M. Torres Bernárdez était d'accord avec « la plupart des objections liminaires du défendeur ».

L'opinion divergente de Santiago Torres Bernárdez est disponible sur : <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1487.pdf>

**Philip Morris réussit le test juridictionnel dans sa demande contre l'Uruguay** *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. et Abal Hermanos S.A. c. La République orientale de l'Uruguay, Affaire CIRDI*

*n° ARB/10/7 (anciennement l'affaire FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. et Abal Hermanos S.A. c. La République orientale de l'Uruguay)*

**Yalan Liu**

Dans une décision datée du 2 juillet 2013, un tribunal du CIRDI a affirmé sa compétence sur la demande de Philip Morris contre l'Uruguay dans un différend très médiatisé portant sur les restrictions imposées à la commercialisation des produits de tabac.

*Le contexte*

Le différend est né suite à la mise en œuvre par l'Uruguay de trois réglementations portant sur l'emballage et la commercialisation du tabac : 1) une obligation pour les produits du tabac de porter des « pictogrammes » illustrant les effets néfastes du tabac sur la santé ; 2) une obligation pour les marques de cigarettes de n'avoir qu'une « seule présentation » qui interdit la commercialisation de plus d'un produit de tabac par marque ; 3) et finalement une obligation de faire apparaître des avertissements sanitaires sur 80 % de la face et du dos des paquets de tabac.

Philip Morris avance que ces obligations ne visent pas à promouvoir des politiques sanitaires légitimes mais plutôt à saper ses marques juridiquement protégées, entraînant des pertes importantes de son investissement en Uruguay.

L'entreprise avance notamment que l'Uruguay a violé le Traité bilatéral d'investissement (TBI) Uruguay-Suisse en assujettissant ses investissements à des mesures « excessives », expropriant ainsi ses marques, et en ne lui offrant pas un traitement juste et équitable. En outre, elle affirme que l'Uruguay n'a pas respecté ses engagements au titre de l'Accord de l'OMC sur les Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce et de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, ce qui, à son sens, équivaut à des violations du traité par le biais de la clause parapluie du TBI.

*Prescriptions pré-arbitrages : règlement à l'amiable pendant six mois et recours national pendant dix-huit mois*

Le TBI stipule qu'avant de pouvoir être soumis à l'arbitrage international, les différends doivent faire l'objet d'une tentative de règlement à l'amiable pendant 6 mois, puis d'un recours national pendant 18 mois.

S'agissant de la première condition, le tribunal déterminait que les demandeurs l'avaient respectée car Abal Hermanos S.A. (Abal), la filiale de Philip Morris en Uruguay, avait cherché à contester les réglementations en question par les voies administratives.

L'Uruguay a soulevé deux objections juridictionnelles à l'égard de la deuxième condition : 1) bien que les demandeurs avaient cherché à obtenir l'annulation des réglementations dans les tribunaux locaux, cela ne concernait pas « le même différend » que celui soumis à l'arbitrage international ; 2) même si l'on considérait qu'il s'agissait du même différend, la période de 18 mois n'avait pas encore expiré lorsque l'arbitrage

avait débuté. Le pays souligna que l'obligation de recours national pendant 18 mois était une pré-condition juridictionnelle devant être intégralement respectée avant le lancement de l'arbitrage. En d'autres termes, son non-respect au moment de lancer l'arbitrage devait entraîner le rejet par le tribunal de sa compétence sur la demande.

S'agissant de la première objection, le tribunal affirma que le différend porté au niveau national ne doit pas nécessairement avoir la même base juridique ou origine que le différend soumis à arbitrage. Il pouvait au contraire ne se baser que sur « des faits et questions substantiellement similaires que la demande au titre du TBI soumise ensuite à l'arbitrage par l'investisseur ». En l'espèce, le tribunal considéra que le différend porté auprès des tribunaux uruguayens était suffisamment en lien avec le différend soumis à l'arbitrage du CIRDI.

La deuxième objection de l'Uruguay, selon laquelle Philip Morris n'avait pas respecté la période de recours national de 18 mois avant d'entamer l'arbitrage, a également été rejetée par le tribunal.

Ce dernier décida que si l'obligation de recours national n'était pas satisfaite au début de la procédure d'arbitrage, celle-ci pouvait tout de même être satisfaite par la suite. Se penchant sur les faits, le tribunal déterminait qu'un tribunal uruguayen avait rendu sa décision après l'expiration de la période de 18 mois mais avant que le tribunal n'accepte sa compétence. En tenant compte de l'objectif de l'obligation (à savoir de donner au système judiciaire national l'opportunité d'étudier le différend), le tribunal considéra que « le fait d'exiger des demandeurs qu'ils recommencent tout et reformule leur demande d'arbitrage alors que la période de 18 mois a maintenant expiré serait une perte de temps et de ressources ».

Finalement, pour répondre à l'invocation par les demandeurs de la clause NPF, et après avoir déterminé que les deux pré-conditions avaient été respectées, le tribunal considéra qu'il n'était pas utile d'examiner plus avant la clause NPF.

*Les mesures de santé publique ne sont pas exclues de la portée des protections offertes aux investisseurs*

L'Uruguay affirmait que l'article 2(1) du TBI excluait les mesures de santé publique, desquelles relevaient les réglementations contestées, de la portée des investissements protégés.

Le tribunal déterminait toutefois que l'article 2(1) ne s'appliquait qu'à la phase antérieure à l'établissement d'un investissement (c.-à-d. que l'exclusion permettait à l'Uruguay de bloquer de nouveaux investissements pour des raisons de santé publique, mais ne s'étendait pas aux investissements existants). Aussi, il jugea que l'article 2(1) ne créait pas d'exception aux obligations essentielles du TBI concernant les investissements déjà admis juridiquement.

*Les activités des demandeurs en Uruguay constituent un « investissement »*

Insistant pour l'utilisation du test de Salini, l'Uruguay

argua que les activités des demandeurs ne pouvaient être considérées comme un « investissement » car elles ne contribueraient pas au développement économique du pays. En l'occurrence, selon l'Uruguay, les coûts directs de santé publique encourus du fait de la consommation de produits de tabac prenaient le pas sur la contribution au développement économique du pays.

Le tribunal rejeta cette objection en affirmant que le critère de la contribution au développement économique n'était pas une prescription contraignante d'un investissement aux termes de la Convention du CIRDI. Il fit remarquer que les quatre éléments constitutifs du test de Salini n'étaient que « les caractéristiques classiques des investissements au titre de la Convention du CIRDI », et non pas « un ensemble de prescriptions juridiquement contraignantes ». Elles pouvaient donc « contribuer à identifier ou exclure, dans certains cas extrêmes, la présence d'un investissement », mais ne pouvaient être utilisées pour contrecarrer le concept large et flexible du terme investissement aux termes de la Convention du CIRDI.

Le tribunal nota que le traité pertinent pouvait poser des limites à la définition de l'investissement, mais en l'espèce le TBI Suisse-Uruguay ne comportait aucune restriction à cette définition pouvant poser un problème à l'investissement auquel Philip Morris faisait référence dans sa demande.

*Confirmation de la demande de compétence concernant le déni de justice*

Dans son contre-mémoire, Philip Morris soulevait une autre demande, arguant que la décision d'un tribunal uruguayen de rejeter sa demande d'annulation de l'une des réglementations contestées ainsi que sa demande postérieure de correction de la décision précédente équivalait à un déni de justice en violation de la disposition du TBI sur le traitement juste et équitable. En acceptant sa compétence sur cette demande, le tribunal soutint que trois conditions devaient être remplies conformément à l'article 46 de la Convention du CIRDI : 1) être présentée avant que le jugement ne soit rendu ; 2) qu'elle se rapporte directement à l'objet du différend et ; 3) qu'elle soit couverte par le consentement des parties et qu'elle relève de la compétence du CIRDI.

Le tribunal déterminait rapidement que Philip Morris satisfaisait les deux premières conditions de présentation dans les délais et de lien direct à l'objet du différend. S'agissant de la question du consentement, le tribunal examina si Philip Morris devait respecter les deux pré-conditions à l'arbitrage (c.-à-d. le règlement à l'amiable pendant 6 mois et le recours national pendant 18 mois). Le tribunal conclut que le fait de subordonner la décision de la cour au règlement à l'amiable pendant 6 mois était inutile puisque l'exécutif ne pouvait révoquer la décision de la cour. Aussi, il n'y avait que « peu de chances de régler le différend à l'amiable ». Il tira la même conclusion pour l'obligation du recours national pendant 18 mois car toute décision de cette cour uruguayenne était définitive et ne pouvait faire l'objet d'un appel. Aussi, le tribunal déterminait que la demande pour déni de justice relevait du consentement de l'Uruguay – puisqu'elle satisfaisait aux pré-conditions à l'arbitrage – et prononça sa compétence.

Les arbitres de l'affaire sont le Prof. Piero Bernardini (président), M. Gary Born (nommé par le demandeur), et le Prof. James Crawford (nommé par le défendeur).

La décision est disponible sur : <http://www.italaw.com/sites/default/files/casedocuments/italaw1531.pdf>

**Une entreprise pharmaceutique du Canada perd une demande en matière d'investissement au titre de l'ALENA contre les États-Unis car l'on considère qu'elle n'a pas d'investissement dans le pays** *Apotex Inc. c. Le Gouvernement des États-Unis d'Amérique, CNUDCI*  
**Damon Vis-Dunbar**

Un tribunal de la CNUDCI a accepté les trois objections juridictionnelles soulevées par les États-Unis, rejetant ainsi deux arbitrages lancés par un fabricant canadien de génériques au titre du chapitre 11 de l'ALENA.

En statuant en faveur des États-Unis, le tribunal pourrait déterminer au final que le demandeur n'a pas « d'investissement » sur le territoire des États-Unis, et est plutôt un exportateur canadien aux États-Unis.

Le demandeur, Apotex, a vu ses efforts visant à vendre deux types de médicaments sur le marché américain frustrés car elle devait respecter les procédures complexes qui régissent l'introduction de médicaments génériques sur le marché américain.

Les deux arbitrages ont été menés simultanément, mais pas consolidés. Le premier concerne les efforts d'Apotex pour mettre sur le marché une version générique de l'antidépresseur communément appelé Zoloft, ou chlorhydrate de sertraline par son nom générique. Le deuxième est lié à la tentative par l'entreprise de commercialisation de la pravastatine sodique, un médicament pour le cœur vendu sous la marque Pravachol.

Dans les deux cas, Apotex a rempli une demande abrégée de nouveau médicament (ANDA), afin de commercialiser la version générique d'un médicament qui a déjà été approuvé par la Food and Drug Administration (FDA).

Une partie de la procédure peut inclure une violation « artificielle » du brevet afin d'entraîner le détenteur du brevet dans un différend faisant l'objet d'un jugement, favorable ou non, relatif à la légalité du lancement de la version générique du médicament en question.

Dans le cas du chlorhydrate de sertraline, Apotex a demandé un jugement déclaratoire, une tactique juridique répandue dans les différends portant sur des brevets. Les Cours fédérales ont toutefois refusé de statuer sur la question, citant un manque de « doute raisonnable » que le détenteur du brevet (Pfizer) intenterait une action pour violation de brevet. Les efforts d'Apotex pour convaincre la Cour suprême d'annuler la décision de la Cour fédérale ont également échoués. Le scénario était quelque peu différent dans l'affaire de la pravastatine sodique, même si le résultat était le même : un manque de certitude juridique pour savoir si elle pouvait commercialiser le médicament.

*Apotex est-elle un « investisseur » ayant réalisé un « investissement » ?*

Les États-Unis contestaient l'affirmation d'Apotex selon laquelle elle était un investisseur ayant réalisé un investissement dans le pays, tel que le prescrit le chapitre sur l'investissement de l'ALENA. Les États-Unis décrivaient Apotex comme étant principalement un exportateur canadien de médicaments génériques – une caractérisation que le tribunal trouvera pertinente.

Sur la base de la communication d'Apotex, le tribunal a déduit que le demandeur prétendait avoir trois « investissements » distincts : le développement et la fabrication de médicaments génériques approuvés devant être vendus aux États-Unis ; la préparation des ANDA (et frais connexes) ; et diverses dépenses réalisées aux États-Unis, comme par exemple l'utilisation d'une filiale américaine et l'achat des matières premières.

S'agissant du premier, le tribunal conclut que le développement, la fabrication et les tests des médicaments génériques réalisés par Apotex étaient des activités entièrement réalisées au Canada, et ne pouvaient donc être considérées comme un investissement aux États-Unis.

S'agissant du deuxième, Apotex arguait que les dépenses liées à la préparation de l'ANDA, et l'ANDA elle-même (en tant qu'élément patrimonial) pouvaient être considérées comme un investissement protégé au titre de l'ALENA. Le tribunal a toutefois répondu qu'Apotex avait préparé ses ANDA au Canada, et que dans tous les cas, il s'agissait d'un exercice devant être réalisé par un « investisseur » ou un « exportateur » en vue de commercialiser des médicaments génériques sur le marché américain. Le tribunal ajouta que les frais réglementaires, quelle que soit leur importance, ne pouvaient transformer les coûts liés au développement des produits réglementés en un investissement aux États-Unis. Finalement, le tribunal nota que les coûts réglementaires n'entraient pas dans la liste des investissements de l'ALENA.

Le tribunal rejeta également l'affirmation d'Apotex selon laquelle ses ANDA pouvaient être considérés comme « une propriété » aux États-Unis. L'ALENA considère qu'un investissement inclut « une propriété... acquise en vue de- ou utilisée pour tirer des bénéfices économiques ou à d'autres fins commerciales ». Au sens du tribunal, un ANDA est une demande de vente d'un produit aux États-Unis, et ne relève donc pas de la portée de la « propriété » au sens de l'ALENA. Le tribunal a également souligné que les ANDA n'avaient été que provisoirement approuvés par la FDA. Il écrivit qu'« il n'était absolument pas certain que chacun des ANDA d'Apotex aurait reçu l'approbation finale ».

Les demandes d'Apotex concernant « d'autres investissements importants » réalisés aux États-Unis n'ont pas convaincu non plus le tribunal. Elles incluaient les coûts liées à sa filiale américaine, utilisée par Apotex pour sa correspondance avec la FDA. Le tribunal était d'accord avec les États-Unis qu'il s'agissait essentiellement d'un « contrat commercial pour le vente de... services ». L'achat par Apotex de matières

premières aux États-Unis n'équivalait pas non plus à un investissement puisqu'elles avaient été utilisées pour la fabrication au Canada.

Le tribunal conclut qu'Apotex ne pouvait donc pas prétendre être un « investisseur » puisqu'elle n'avait pas réalisé « d'investissement » aux États-Unis au titre de l'ALENA.

Si ces conclusions rejetaient les demandes d'Apotex, le tribunal a néanmoins examiné deux autres objections juridictionnelles soulevées par les États-Unis. Ces objections portaient sur la demande relative à la pravastatine.

*Apotex n'a pas respecté la finalité judiciaire*

Contrairement à la demande relative au chlorhydrate de sertraline pour laquelle Apotex avait demandé un examen à la Cour suprême des États-Unis, l'entreprise n'a pas eu recours à toutes les voies judiciaires disponibles dans sa demande relative à la pravastatine. Apotex et les États-Unis avaient convenu que l'ALENA impose que le demandeur d'une affaire liée à une action judiciaire épuise tous les recours judiciaires (c.-à-d. qu'il atteigne la finalité judiciaire) avant d'avoir recours à l'arbitrage, sauf si cela était « de toute évidence inutile ».

Apotex argua que les options judiciaires qui lui restaient dans la demande relative à la pravastatine devaient être considérées comme inutiles – ce que les États-Unis ont rejeté.

Ayant fixé des critères élevés pour ce qui pouvait être considéré comme « de toute évidence inutile », le tribunal souligna qu'il s'agissait de savoir si d'autres recours judiciaires étaient disponibles, et pas de savoir « s'ils auraient apporté la solution souhaitée ». Puisque d'autres recours étaient disponibles – comme par exemple une demande à la Cour suprême – le tribunal considéra qu'Apotex n'avait pas démontré avoir atteint la finalité judiciaire.

*Le demandeur a dépassé la prescription de trois ans fixée par l'ALENA*

Aux termes de l'ALENA, une demande relative à un investissement doit être formulée dans les trois ans suivants « la date à laquelle l'investisseur a eu, ou aurait dû avoir connaissance de la prétendue violation et connaissance de ses pertes ou dommages ».

En l'espèce, une décision essentielle de la FDA a été rendue plus de trois ans avant qu'Apotex ne formule sa notification d'arbitrage. Apotex tenta de lier la décision de la FDA à d'autres litiges postérieurs, afin de présenter « un ensemble unique et continu » d'évènements ayant entraîné la prétendue violation de l'ALENA.

Le tribunal clarifia toutefois que toute demande basée uniquement sur la décision de la FDA était prescrite, et que le demandeur ne pouvait gagner davantage de temps en ayant recours à des procédures judiciaires. Toute conclusion contraire offrirait une solution très simple pour contourner la règle claire établie à l'article 1116(2) de l'ALENA dans la plupart des cas (c.-à-d. en intentant une action en justice, même sans espoir) ».

Le tribunal reconnu que les demandes liées aux décisions des tribunaux américains n'étaient pas prescrites, puisqu'elles avaient eu lieu dans les trois ans suivants la notification d'arbitrage par Apotex. Il fit donc une distinction entre deux types de demandes – l'une liée à la décision de la FDA, et l'autre liée aux décisions des tribunaux américains – qui auraient pu avoir des conséquences sur l'affaire d'Apotex si elle avait atteint la phase de l'examen quant au fond.

*Apotex doit rembourser les frais juridiques des États-Unis et payer la moitié des coûts de l'arbitrage*

Le tribunal a ordonné à Apotex de payer les frais juridiques des États-Unis (représentant 525 812 USD) et 50 % des coûts du tribunal.

Afin de justifier sa décision, le tribunal écrivit que les États-Unis « avaient soulevé des objections tout à fait appropriées, et... n'auraient jamais du être entraînés dans cette procédure ».

Les arbitres de l'affaire étaient M. Toby T. Landau QC (président), l'Honorable Fern M. Smith (nommé par le défendeur) et M. Clifford M. Davidson (nommé par le demandeur).

La décision sur la compétence et la recevabilité est disponible sur : <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1550.pdf>

## Notes

<sup>1</sup> En français dans le texte, ndlt.

<sup>2</sup> Le résumé de la décision de la majorité est disponible sur <http://www.iisd.org/itm/2013/06/26/awards-and-decisions-12/>

# Ressources et événements

## Ressources

### Les BRIC et l'investissement étranger direct sortant

Par David Collins, *Oxford University Press*, 2013

Ce bref article met en avant 10 étapes importantes à suivre lors de la négociation des contrats d'investissement portant sur les terres arables et l'eau. Il est conçu comme une ressource à l'intention des parlementaires, des agents gouvernementaux, des propriétaires terriens et des communautés locales. Il offre un aperçu d'un guide détaillé à paraître et proposant des modèles de dispositions juridiques pouvant être incluses dans ces contrats d'investissement. Cet article aborde les étapes suivantes du processus de négociations : la préparation des conditions des négociations ; la réalisation d'études de faisabilité ; la réalisation d'évaluations des impacts ; l'attribution de droits de propriété sur les terres et l'eau ; la détermination des incitations financières et autres ; le fait d'éviter les clauses de stabilisation ; de spécifier les obligations de l'investisseur en matière de développement ; l'identification des paramètres environnementaux ; le choix d'un mécanisme approprié de règlement des différends, et le fait de garantir la réalisation de rapports, d'un suivi et d'évaluations. Cet article est disponible sur : <http://www.iisd.org/publications/pub.aspx?pno=2804>

### Le droit de l'investissement dans le droit international : les possibilités d'intégration

Édité par Freya Baetens, *Cambridge University Press*, 2013

Les développements de différents sous-domaines du droit international influencent le droit international de l'investissement, mais les modifications de ce dernier affectent également l'évolution d'autres domaines du droit international. Grâce aux contributions d'éminents chercheurs universitaires et praticiens, cet ouvrage analyse les liens spécifiques entre le droit de l'investissement et d'autres sous-domaines du droit international, comme le droit des conflits armés, les droits humains, le développement durable, le commerce, le développement et le droit européen. Le livre étudie notamment comment les concepts, principes et règles développés dans le contexte de ces sous-domaines pourraient éclairer le contenu du droit de l'investissement. Les solutions visant à régler les problèmes dans d'autres contextes pourraient représenter des exemples instructifs de la manière de régler les problèmes actuels dans le domaine du droit de l'investissement, et vice-versa. La question sous-jacente consiste à savoir si les principaux sous-domaines du droit public international, notamment le droit international de l'investissement, peuvent s'enrichir mutuellement, ou s'ils évoluent dans des régimes distincts. L'ouvrage peut être commandé sur : <http://www.cambridge.org/asia/catalogue/catalogue.asp?isbn=9781107038882>

### Libéralisation ou litige ? Il est temps de repenser le régime international de l'investissement

Par Simon Lester, *Cato Institute*, juillet 2013

Ce document de politique avance que les règles internationales actuelles de l'investissement ne sont pas vraiment appropriées pour libéraliser l'investissement étranger. Au lieu d'offrir une politique simple et directe en matière de libéralisation, elles incluent des principes juridiques vagues offrant de nombreuses opportunités de litige, et ce faisant, sapent les principes essentiels visant au traitement équitable de l'investissement étranger et national. Si l'on souhaite réellement utiliser les règles internationales dans le domaine, il serait préférable de mettre l'accent sur la non-discrimination et sur un cadre juridique plus flexible que le système actuel. Pour y répondre, le document propose les réformes suivantes du système : toute règle dans le domaine devrait être multilatérale, et non pas bilatérale ou régionale ; le principe de base devrait être celui de la non-discrimination, et certains principes larges actuellement appliqués devraient être supprimés ; et c'est le règlement des différends entre États qui devrait être utilisé, plutôt que celui entre investisseurs et États. Des règles de ce type traduiraient mieux la situation actuelle des flux d'investissement étranger, permettraient de promouvoir l'investissement étranger et de maintenir l'autonomie réglementaire nationale. Ce document est disponible sur : [http://object.cato.org/sites/cato.org/files/pubs/pdf/pa730\\_web.pdf](http://object.cato.org/sites/cato.org/files/pubs/pdf/pa730_web.pdf)

### Vers une nouvelle génération de politiques internationales d'investissement : la nouvelle approche de la CNUCED pour l'élaboration de politiques d'investissement multilatérales

*Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement, juillet 2013*

Cette note thématique de la CNUCED sur les AI a été préparée à l'origine pour un séminaire sur l'investissement organisé en 2013 par le Ministère finlandais des affaires étrangères. La note discute du récent changement de paradigme dans l'élaboration de politiques d'investissement survenu suite aux différentes crises et aux réalités économiques changeantes – changement ayant fait de la croissance inclusive et du développement durable des objectifs de plus en plus essentiels pour les acteurs des AI. Cette note aborde les différentes questions auxquelles fait face l'élaboration de politiques internationales d'investissement, et identifie quatre grands défis : comment renforcer le caractère durable des accords internationaux d'investissement ; comment préserver l'espace réglementaire nécessaire des pays d'accueil ; comment faire face à la complexité d'un régime de traités fragmenté et rempli de chevauchements et d'incohérences ; et comment traiter les carences majeures du règlement des différends investisseur-État. Ce document peut être téléchargé sur : [http://unctad.org/en/pages/newsdetails.aspx?OriginID=576&Sitemap\\_x0020\\_Taxonomy=Investment and Enterprise;#607;#International Investment Agreements \(IIA\);#20;#UNCTAD Home](http://unctad.org/en/pages/newsdetails.aspx?OriginID=576&Sitemap_x0020_Taxonomy=Investment+and+Enterprise;#607;#International+Investment+Agreements+(IIA);#20;#UNCTAD+Home)

## Événements 2013

### 10-11 Octobre

**LES ACCORDS INTERNATIONAUX D'INVESTISSEMENT – ÉQUILIBRER LE DÉVELOPPEMENT DURABLE ET LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS**, Université libre de Berlin, Berlin, Allemagne, [http://www.jura.fu-berlin.de/en/fachbereich/einrichtungen/oeffentliches-recht/lehrende/hindelang/Berlin\\_Oct\\_2013](http://www.jura.fu-berlin.de/en/fachbereich/einrichtungen/oeffentliches-recht/lehrende/hindelang/Berlin_Oct_2013)

### 4-5 Novembre

**RAPPROCHER LE DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT ET L'ENVIRONNEMENT**, Ministère des affaires étrangères des Pays-Bas, Ministère des infrastructures et de l'environnement des Pays-Bas, Faculté de droit de l'Université d'Utrecht et Center for Sustainability of Nyenrode Business University, la Haye, Pays-Bas, <http://www.iilconference.com/>

### 4-6 Novembre

**SEPTIÈME FORUM ANNUEL DES NÉGOCIATEURS EN MATIÈRE D'INVESTISSEMENT DES PAYS EN DÉVELOPPEMENT**, Institut international de développement durable, Centre Sud, et le gouvernement d'Indonésie, Jakarta, Indonésie, <http://www.iisd.org/investment/dci/>

### 7 Novembre

**POINTS SAILLANTS DANS L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL**, Université américaine, Faculté de droit de Washington, DC. États-Unis, <https://www.wcl.american.edu/arbitration/symposium.cfm>

### 8 Novembre

**LE RÔLE DES ÉTATS DANS L'ARBITRAGE INVESTISSEUR-ÉTAT**, Institut mondial du commerce et Université de Berne, Berne, Suisse, <http://www.wti.org/news-archive/call-for-papers-the-role-of-the-state-in-investor-state-arbitration/>

### 14 Novembre

**INCITATIONS EN MATIÈRE D'INVESTISSEMENT – LE BON, LA BRUTE ET LE TRUAND : ÉVALUATION DES COÛTS, DES BÉNÉFICES ET POSSIBILITÉ DE RÉFORME POLITIQUE**, Université de Columbia, New York, États-Unis, <http://www.vcc.columbia.edu/content/eighth-columbia-international-investment-conference-investment-incentives-good-bad-and-ugly->



© 2013 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](mailto: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](mailto: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](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](mailto:dvis-dunbar@iisd.org)