

# La décision Philip Morris - entre La Haye et l'Australie

La sentence arbitrale du 17 décembre 2015 de la Cour Permanente d'Arbitrage de La Haye ("Sentence"), saisie par Philip Morris Asia Limited, a été rendue publique par la Cour le 16 mai 2016, après élimination des informations confidentielles relatives aux parties en conformité des règles de l'arbitrage international. Sans se prononcer au fond, la Cour a retenu le troisième moyen soulevé par le Commonwealth of Australia pour se déclarer incompétente. Pourtant, les raisons retenues par la Cour pour aboutir à cette conclusion ont des conséquences sur les litiges entre sociétés privées et États qui méritent d'être soulignées. Surtout, une lecture attentive des 200 pages de la Sentence permet d'aller au delà des commentaires et d'en tirer des enseignements pour les entreprises étrangères cherchant légitimement à bénéficier des dispositions protectrices des traités bilatéraux (et multilatéraux comme le Trans-Pacific Cooperation Agreement) organisant les différends entre parties privées et États portant sur les investissements transnationaux.

## 1. Les faits et le déroulement de l'arbitrage tels qu'exposés dans la Sentence

L'Australie a adopté en 2011 une loi Tobacco Plain Packaging Act 2011 et un règlement d'application Tobacco Plain Packaging Regulations 2011 ("la Loi") imposant "l'emballage neutre" pour les produits du tabac.

Outre la présentation du paquet et les mentions de mise en garde contre les dangers de la consommation, la Loi comporte l'interdiction de faire figurer les marques appartenant au fabricant, qu'elles soient figuratives (logo) ou dénominatives (nom du fabricant).

Philip Morris, contrairement à ce qui a été affirmé dans certains commentaires de la Sentence, a effectivement contesté le droit de l'Australie à prendre les mesures que le pays juge utiles à la protection de la santé de ses citoyens.

La société a considéré que la loi de 2011 consistait en une dépossession de sa propriété intellectuelle, constitutive d'une atteinte à son investissement en Australie, et demandé une indemnisation en conséquence;

Les parties en présence étaient d'une part Philips Morris Asia Limited, une société créée à Hong Kong en 1994 et d'autre part l'État australien (Commonwealth of Australia).

## 2. Une question de principe

La demande d'indemnisation présentée par Philips Morris mettait en cause un principe fondamental: le droit pour un État souverain ayant conclu un accord de protection des investissements étrangers de continuer à légiférer dans l'intérêt général de sa population, par exemple dans les domaines de la santé ou de l'environnement.

La demande a été introduite au titre du Traité conclu en 1993 avec Hong Kong sur la promotion et la protection des investissements;

La Cour a rejeté la demande en indemnisation de Philip Morris, en invoquant des raisons dont la signification va au delà d'une simple constatation d'absence de compétence.

## 3. Une sentence arbitrale à la portée limitée

La question de principe n'est pas tranchée par la Cour.

Celle-ci a retenu le fait que Philip Morris ait transféré le centre de ses opérations pour l'Australie à Hong Kong entre l'annonce par le gouvernement australien de la législation sur le paquet neutre et sa mise en oeuvre effective.

La Cour a en outre relevé que la restructuration étant intervenue à un moment où le différend était prévisible, devait avoir pour motif principal sinon unique de bénéficier des dispositions du Traité, et à ce titre constituait un abus de droit.

En conséquence, la Cour s'est déclarée incompétente sans examiner si la législation constitue ou non une atteinte à l'investissement de Philip Morris ouvrant droit à indemnisation au titre du Traité.

D'ailleurs la Cour a refusé d'examiner les deux autres moyens soulevés par l'Australie, selon lesquels d'une part "l'investissement" n'a pas été réalisé sous forme d'un investissement étranger régulièrement approuvé par les autorités du pays, et d'autre part le différend est né avant que Philip Morris ne puisse prétendre à la protection consentie par le Traité.

#### **4. Conclusions**

La question du droit d'une entreprise étrangère à demander indemnisation au titre d'un traité de promotion et de protection des investissements demeure non résolue; ceci prend bien évidemment une signification particulière, même s'il ne s'agit pas d'un traité bilatéral, au regard du Traité de Coopération Transpacifique (Trans-Pacifique Partnership Agreement) signé le 4 février 2016 à Auckland, qui contient un chapitre (d'ailleurs controversé) relatif au règlement des différends entre sociétés privées et Etats (ISDS Investor-State Dispute Settlement) aux dispositions renforcées par rapport aux règles de l'OMC ;

En effet, le mécanisme prévu par le TPPA concerne expressément l'expropriation dite "indirecte" qui peut consister en une interférence avec les attentes raisonnables d'un investisseur, notion qui demeure à définir mais dont les implications potentielles sont très larges.

On peut donc s'attendre à d'autres actions de mise en cause de la responsabilité d'un État par une société privée entre les pays du plus grand accord de libre-échange au monde...

En conclusion, l'enseignement à retenir pour les sociétés est d'organiser leurs investissements aussi en amont que possible en prenant en considération les avantages des traités de protection, bilatéraux ou multilatéraux comme le TPPA dont l'Australie, La Nouvelle Zélande, la Malaisie, Brunei, le Japon, le Vietnam et Singapour sont signataires, pour ne mentionner que les pays concernés en Asie Pacifique.