

REVUE DE DROIT DES AFFAIRES INTERNATIONALES

INTERNATIONAL BUSINESS LAW JOURNAL

n° 1 - 2018

SOMMAIRE - CONTENTS

ARTICLES

Clémentine BALDON Adèle AZZI	La politique européenne de protection des investissements dans les traités de libre échange (CETA, TTIP...) : De nouveaux risques pour l'Union européenne ? / The New Investment Protection Policy of the EU in the Free-Trade Treaties (CETA, TTIP...): New Risks for the EU?.....	3
Astrid WESTPHALEN	Les mesures provisoires et conservatoires en arbitrage international — Etat des lieux / Provisional and Conservatory Measures in International Arbitration— Overview	19
Rabaï BOUDERHEM	Recognition and Enjoyment of Rights by Foreign Trading Companies in French and European Law / La reconnaissance et la jouissance des droits des sociétés commerciales étrangères en droit français et en droit européen	35

Study

Krati RAJORIA	Insolvency and Bankruptcy Code of India: The Past, The Present and The Future	61
---------------	---	----

Opinion

Ismaelline EBA NGUEMA	Les subventions à l'exportation des produits agricoles : un régime d'exception à l'OMC ?.....	71
-----------------------	---	----

ACTUALITES

DROIT DU COMMERCE INTERNATIONAL ET DE LA CONCURRENCE / INTERNATIONAL TRADE AND COMPETITION LAW

Nathalie JALABERT-DOURY, Estelle LECLERC, Jean-Maxime BLUTEL, Paul DODELLER	Politiques de Concurrence / Competition Policies	87
Zia AKHTAR	Mergers, Extra Territorial Jurisdiction and Private Causes of Action.....	97

ARBITRAGE INTERNATIONAL ET AUTRES MODES DE REGLEMENT DES CONFLITS / INTERNATIONAL ARBITRATION AND ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION

Antonio MUSELLA et Živa FILIPIĆ	Les « Brèves » / Briefing	113
Pascale ACCAOUI-LORFING	I. Book Review	117
Lorraine DE GERMINY	II. Book Review.....	119
Fabrice ROBERT-TISSOT	III. Book Review	121

LA POLITIQUE EUROPEENNE DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS DANS LES TRAITES DE LIBRE ECHANGE (CETA, TTIP ...) : DE NOUVEAUX RISQUES POUR L'UNION EUROPEENNE ?

Le CEDE — Centre Européen de Droit et d'Economie) de l'ESSEC est un Centre de Recherches — Think tank qui travaille sur les thèmes touchant à l'économie et au droit dans une perspective transversale et comparative. Il s'intéresse particulièrement aux incidences de la globalisation sur l'environnement juridique et économique international des entreprises et des Etats. Documents de recherche, ouvrages, colloques, ateliers permettent de confronter l'état de la recherche au terrain et de faire évoluer les normes. C'est également un Centre d'Enseignements transversaux et d'Echanges entre académiques et praticiens (CERCLES) et d'Expertises.

The European Center for Law and Economics (CEDE) at ESSEC BS is a Research Center and a think tank where the work and activities of both disciplines meet, within a comparative European and global perspective. One of its main interests is about globalization and possible consequences on legal environment of corporate and States. It develops its activities in order to anticipate and influence changes in the judicial and economic environment: publications and research documents, conferences that confront state-of-the-art research with professional's experience. ECLE is also a Center for INTERDISCIPLINARY courses and for EXCHANGES BETWEEN ACADEMICS AND PROFESSIONALS

CEDE-ECLE


Contact blais@essec.fr Mrs Severine Blais

<http://www.cede-essec.edu>

LA POLITIQUE EUROPEENNE DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS DANS LES TRAITES DE LIBRE ECHANGE (CETA, TTIP ...) : DE NOUVEAUX RISQUES POUR L'UNION EUROPEENNE ?

THE NEW INVESTMENT PROTECTION POLICY OF THE EU IN THE FREE-TRADE TREATIES (CETA, TTIP ...): NEW RISKS FOR THE EU?

Clémentine BALDON,* avec la collaboration de Adèle AZZI

 Canada; Dispute resolution; European Union; External relations; Investor-state arbitration; Plurilateral trade agreements

Les négociations du TTIP (Transatlantic Trade Investment Partnership¹) entre l'Union européenne et les Etats-Unis puis du CETA (Comprehensive Economic and Trade Agreement²) avec le Canada ont donné lieu à un mouvement d'opposition sans précédent qui s'est notamment matérialisé par l'initiative citoyenne « Stop TTIP—CETA »³ ayant recueilli plus de 3,2 millions de signatures au sein de l'Union européenne.

Cette forte mobilisation citoyenne a été relayée au niveau politique tant pour le TTIP, dont la France a demandé l'arrêt des négociations en 2016, que pour le CETA, qui n'a été ratifié par le Parlement européen qu'après avoir surmonté une première opposition du Parlement wallon et a fait l'objet de recours devant la Cour constitutionnelle en Allemagne⁴ et devant le Conseil constitutionnel en France⁵ ainsi que d'une demande d'avis devant la Cour de justice de l'Union européenne (« CJUE »).⁶

Si ces mouvements d'opposition ont dénoncé divers aspects de ces traités — dont l'opacité des négociations,⁷ le manque de réciprocité, la nouvelle méthode de libéralisation des services, le mécanisme de coopération réglementaire et le risque d'abaissement des normes sociales et environnementales — c'est sans conteste le

The negotiations of the TTIP (Transatlantic Trade Investment Partnership) between the EU and the US, followed by those of the CETA (Comprehensive Economic and Trade Agreement) have triggered an unprecedented public opposition movement within the EU. It took the form of the citizens' initiative "Stop TTIP" which received more than 3.2 million signatures.

This powerful citizens' initiative has been echoed on the political level both for the TTIP, for which France requested the breakdown in negotiations in 2016, and for the CETA, which could not be ratified by the European Parliament but after overcoming the opposition of the Walloon parliament. The CETA has also been subject to some legal actions before the German Constitution Court and the French Constitutional Council, as well as Belgium's request for opinion from the Court of Justice of the European Union (CJEU).

While these opposition movements have denounced various aspects of these treaties—including the lack of transparency around the negotiations, the lack of reciprocity, the new method of liberalisation of services, the regulatory cooperation, the risk of lower social and environmental standards, *the strongest*

* Avocate au barreau de Paris, Solicitor of England and Wales (not practising), chargée d'enseignement à l'ESSEC et experte associée du Centre Européen de Droit et Economie (CEDE). clembaldon@gmail.com

criticisms have assuredly been brought against the Investor-State Dispute Settlement (ISDS) system.

With the ISDS system, a foreign investor who claims to be the victim of an unfair treatment by a State can claim damages against that State before a private arbitral tribunal, without exhausting domestic remedies. He can do so even when the unfair treatment results from a change in the legal framework.

Yet, as observed by the European Commissioner of Trade, there is "a huge scepticism against the ISDS instrument". It was reflected by the 97 per cent of negative answers over 150,000 replies to the Commission's online consultation launched in 2014 on the introduction of investment protection provisions in the TTIP.

On the international level, bilateral investment treaties (BITs) between States with ISDS mechanisms have increased over the last years, along with an unprecedented inflation of the number of damages claims brought by private companies against the States, as a result of which these mechanisms have been increasingly questioned.

The EU investment policy has strengthened these criticisms as it aims at including investment protection and ISDS provisions within all the new free-trade agreements between the European Union and third countries. As developed hereafter, this policy may expose the EU and its Member States to greater litigation risks and jeopardise their ability to regulate. It would thus be timely for the CJEU to assess the compliance of ISDS systems with the European Treaties.

THE PROLIFERATION OF INVESTMENT TREATIES AND ARBITRATION ACTIONS OF INVESTORS AGAINST STATES AND THE GROWING CRITICISM OVER ISDS SYSTEM

Investment protection treaties appeared in the 1960–1970's on the initiative of the "developed" countries, initially to secure their companies' investments in countries where institutions were considered as unreliable. These treaties contain *investor protection provisions*, structured around two types of guarantees:

- *Substantial guarantees*, incorporated as provisions granting to foreign investors specific and derogatory rights towards the States, such as the right to a "national treatment" and to the "most-favoured-nation treatment", the right to

système de règlement de différends entre investisseurs et Etats (« RDIE » ou « ISDS » pour Investor-State Dispute Resolution) qui a cristallisé les plus fortes critiques.

Ce système permet à un investisseur étranger d'attraire un Etat en dommages et intérêts devant un tribunal d'arbitrage privé sans avoir à épuiser les voies de recours internes, lorsqu'il s'estime victime d'un traitement inéquitable par cet Etat, y compris du fait d'un changement du cadre législatif.

Or comme l'a constaté la Commissaire européenne au commerce, il existe « un énorme scepticisme par rapport à l'instrument de RDIE »⁸ qui s'est manifesté par 97 pour cent d'opinions négatives sur 150.000 réponses à la consultation publique lancée par la Commission en 2014 sur l'intégration de clauses de protection des investissements dans le TTIP.

Au niveau international, les accords bilatéraux de protection des investissements (« ABI ») entre Etats instituant des systèmes de RDIE se sont multipliés ces dernières années. Ce mouvement s'est accompagné d'une augmentation des recours indemnitaires introduits par les sociétés privées contre les Etats qui, à son tour, a induit une remise en cause croissante de ces mécanismes.

La nouvelle politique de l'Union européenne en matière d'investissements est venue renforcer ces critiques en intégrant dans tous les nouveaux traités de libre-échange entre l'Union européenne et des Etats tiers des clauses de protection des investissements et de RDIE. Comme développé ci-après, une telle politique est susceptible d'exposer l'Union européenne et les Etats membres à davantage de contentieux et à limiter leur capacité à réguler. Il paraît dès lors nécessaire que la CJUE examine la compatibilité des systèmes de RDIE avec les Traités européens.

MULTIPLICATION DES TRAITES DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS ET DES RECOURS EN ARBITRAGE D'INVESTISSEURS CONTRE DES ETATS ET REMISE EN CAUSE CROISSANTE DU SYSTEME DE RDIE

Les traités de protection des investissements sont apparus dans les années 1960–1970 à l'initiative des pays « développés » avec pour objectif initial de sécuriser les investissements de leurs entreprises dans les pays dotés d'institutions considérées comme peu fiables. Ces traités ont tous en commun de contenir un *régime de protection des investisseurs* s'articulant autour de deux types de garanties :

- des *garanties substantielles* sous la forme de clauses conférant aux investisseurs étrangers des droits spécifiques et *déroatoires du droit commun vis-à-vis* des Etats tels que le droit à un « traitement national »

et à un « traitement de la nation la plus favorisée », le droit à un traitement « juste et équitable » et l'interdiction des expropriations directes et indirectes sans une juste compensation.

- des *garanties procédurales* sous la forme d'un système de RDIE *au bénéfice exclusif des investisseurs* permettant à ces derniers de poursuivre les Etats devant des tribunaux d'arbitrage internationaux pour solliciter des dédommagements en cas de non-respect des garanties substantielles susvisées.

a "fair and equitable treatment" and the prohibition of direct and indirect expropriations without adequate compensation.

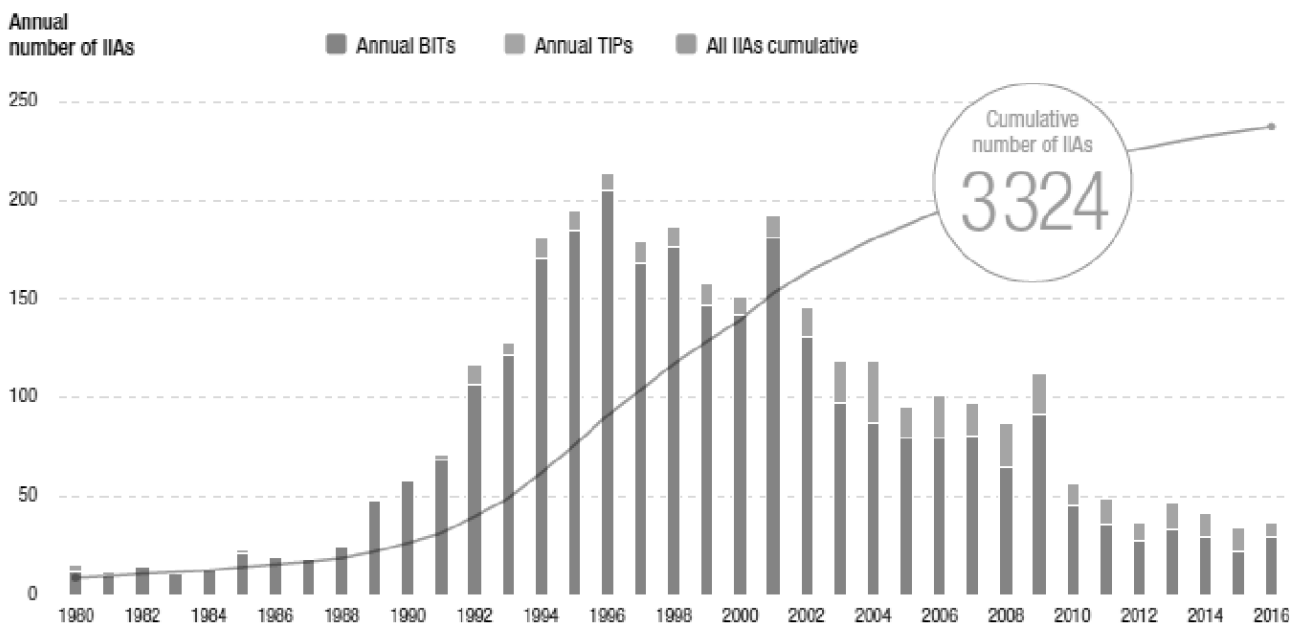
- *Procedural guarantees*, provided through an ISDS system *for the sole benefit of investors*, allowing them to bring damages actions against the States before international arbitral tribunals, where the substantial guarantees above-mentioned haven't be respected.

Le nombre de traités contenant des clauses de protection des investissements a explosé au cours des années 1990 et 2000 avec la multiplication des ABI et la conclusion de traités régionaux, comme l'ALENA,⁹ ou sectoriels, comme le Traité sur la Charte de l'énergie,¹⁰ au point qu'on estime aujourd'hui leur nombre à plus de 3.300.

The number of treaties containing these investor protection provisions has surged from 1990 to 2000, along with the increase of BITs and regional treaties such as ALENA and sectorial treaties like the Energy Charter Treaty. This has happened to such an extent that they should amount today to more than 3,300, as it can be seen in the graph below.

Nombre d'accords internationaux d'investissements¹¹

Evolution of the number of international investment agreements

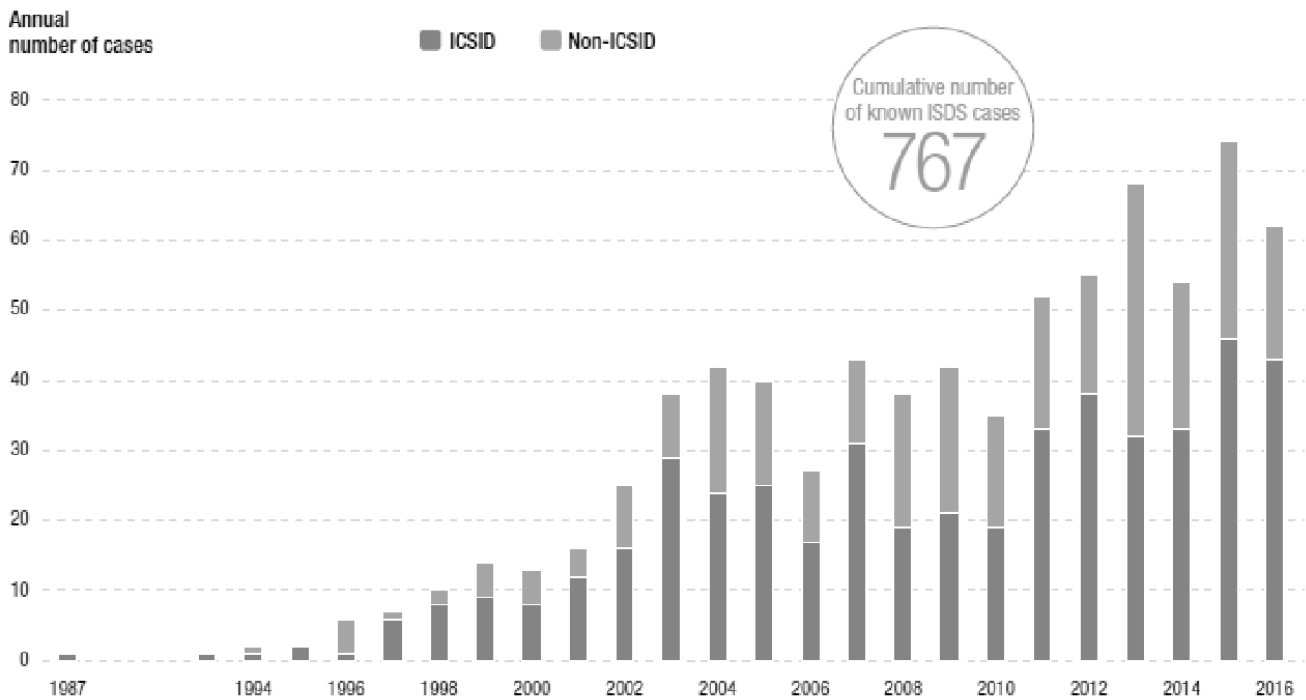


Logiquement, les recours intentés par des investisseurs privés contre les Etats devant des tribunaux d'arbitrage sur le fondement de ces traités ont considérablement augmenté :

Logically, the number of claims brought by private investors against the States before arbitral tribunals and on the basis of these treaties has considerably increased.

Investors' claims on the basis of investment treaties

Recours d'investisseurs sur le fondement de traités d'investissements¹²



Furthermore, arbitration claims from investors have increasingly targeted the Member States on the basis of the Energy Charter Treaty. For example, Spain and Italy were subject to approximately 40 claims in total following the change of their subsidy policy for the development of renewable energies.

En outre, les demandes en arbitrage des investisseurs ont visé de manière croissante les pays de l'Union européenne sur le fondement du Traité de la Charte de l'énergie.¹³ Par exemple, l'Espagne et l'Italie font l'objet d'une quarantaine de recours au total suite à la modification de leur politique de subvention au développement des énergies renouvelables.¹⁴

Germany is also subject to several claims resulting from its decision to phase out nuclear power by 2022. For instance, the company Vattenfall has brought an action against Germany, on this basis, for the compensation of a loss of €4.7 billion. Before this, the company had already claimed compensation amounting to US \$1.4 billion when the city of Hamburg decided to strengthen its requirements regarding the emissions of one of its coal-fired power plants located in Elbe. This action was eventually withdrawn by the company in exchange of an easing of the constraints on itself.

L'Allemagne fait également l'objet de plusieurs recours liés à sa décision d'abandonner le nucléaire en 2022. En particulier, la société Vattenfall a introduit un recours pour réparation d'un préjudice de 4,7 milliards d'euros sur ce fondement.¹⁵ Cette affaire fait suite à un premier recours intenté par la même société contre l'Allemagne réclamant une indemnisation de 1,4 milliard USD du fait du renforcement des exigences de la ville de Hambourg concernant les rejets d'une de ses centrales à charbon dans l'Elbe. Ce recours a finalement été retiré par la société Vattenfall en contrepartie de l'assouplissement des contraintes pesant sur elle.¹⁶

These cases have highlighted how ISDS systems jeopardise the ability of the States to regulate in the public interest, whether it be by representatives of civil society or through national and international institutions.

Ces affaires ont mis en lumière les risques que font peser les systèmes de RDIE sur la capacité des Etats à légiférer dans l'intérêt général et ont donné lieu à des critiques de ces systèmes tant par les représentants de la société civile que par les institutions nationales et internationales.

Ainsi, d'après les services du ministère français de l'Economie¹⁷ :

« Plusieurs affaires pendantes de grande ampleur (*Vattenfall c/. Allemagne* ou *Philip Morris c/. Australie*) font craindre que le droit de l'Etat à réguler puisse être abusivement entamé par ces mécanismes privés de règlements des différends investisseur-Etat, dont certaines dérives remettent en cause la légitimité : modalités de sélection des arbitres et risques avérés de conflits d'intérêts, manque de transparence des procédures, souvent longues et coûteuses, absence de cohérence de la jurisprudence et exposition des Etats à des plaintes abusives ou frivoles. »

De la même, la Commission européenne relève que :

« Le débat actuel a mis en lumière le risque d'une utilisation abusive de dispositions communes à un grand nombre de ces accords, ainsi que le manque de transparence et d'indépendance des arbitres. »¹⁸

Le rapport de la CNUCED de 2015 indiquait également :

« le système ISDS a récemment montré de graves lacunes (par exemple, interprétations incohérentes et involontaires de clauses, utilisations non anticipées du système par les investisseurs, contestation de mesures d'intérêt général, procédures longues et coûteuses, transparence limitée ou inexistante. »¹⁹

Enfin, l'OCDE elle-même a jugé nécessaire de prendre en compte les préoccupations à l'égard des traités de protection d'investissements :

« afin d'éviter une sortie pure et simple du système de la part d'Etats soucieux de prévenir les risques de réclamations multiples, de demandes de dommages-intérêts excessifs, ou d'interprétations imprévisibles ou excessivement larges de leurs obligations conventionnelles. »²⁰

Ainsi, comme le reconnaît la Commission européenne, la « nécessité de réformes est maintenant largement reconnue à l'échelle internationale ».²¹

LES EVOLUTIONS DE LA POLITIQUE DEPLOYEE PAR L'UNION EUROPEENNE EN MATIERE DE POLITIQUE DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS

Malgré la remise en cause croissante des systèmes de RDIE, la Commission européenne entend inclure ces mécanismes dans tous les nouveaux accords négociés avec les Etats tiers en se fondant sur les nouvelles compétences de l'Union européenne en matière d'investissements, dont la CJUE est néanmoins venue limiter récemment l'étendue.

In this regard, according to the services of the French Ministry of Economy:

“Several, pending, large-scale cases (*Vattenfall v. Germany* or *Philip Morris v. Australia*) raise concerns that the State's ability to regulate might abusively be put at risk by these investor-State private settlement mechanisms, of which abuses call into question their legitimacy: procedures for selecting arbitrators and conflicts of interest, lack of transparency of the procedures (often time-consuming and costly), lack of coherence of the case law and greater risk of abusive or dizzy claims against the States.”

The European Commission likewise notes that:

“The current debate has cast light on the risk of the abuse of provisions common to many of those agreements, as well as lack of transparency and independence of the arbitrators.”

The 2015 UNCTAD report also indicated:

“the ISDS system has more recently displayed serious shortcomings (e.g. inconsistent and unintended interpretations of clauses, unanticipated uses of the system by investors, challenges against policy measures taken in the public interest, costly and lengthy procedures, limited or no transparency).”

Finally, the OECD itself considered necessary to take into account the concerns raised on investment protection treaties in order to avoid:

“states [dropping] out of the system altogether because they feel exposed to multiple claims, to excessive damages, and to uncertain or exceedingly broad interpretations of treaty obligations.”

Therefore, as the European Commission admits, “the need for reform is now largely acknowledged globally”.

THE EVOLUTION OF THE POLICY ADOPTED BY THE EUROPEAN UNION REGARDING THE PROTECTION OF INVESTMENTS

Despite increasing questioning of ISDS systems, the European Commission aims at including those mechanisms in all the new treaties negotiated with third countries, basing itself on EU's new competence in terms of investment protection, the scope of which has yet been recently limited by the CJEU.

This policy is also an attempt to improve existing ISDS and constitute a first step towards the ambitious goal of establishing a *multilateral investment court* to eventually replace the current ISDS mechanisms.

Lastly, the Commission is trying to obtain, with difficulty, *the abolition of BITs concluded between the first Member States and the former Soviet Union States*, before their entry into the European Union and that it considers today to be contrary to EU law.

The inclusion of ISDS systems within all the new free-trade agreements concluded between the EU and third countries

Since the Lisbon Treaty included direct foreign investments in the field of common commercial policy, thereby granting this competence to the EU, the European Commission has carried out a dynamic policy concerning commercial negotiations with many third countries.

With these countries the Commission aims to *conclude new treaties going beyond free-trade agreements and always including an investment protection regime*, comprising substantial guarantee provisions for investors and an ISDS system.

Therefore all the recently negotiated treaties such as the EUVFTA with Vietnam, the EUSFTA with Singapore and the CETA with Canada include investment protection regimes.

For the European Commission, this approach is in line with the Lisbon Treaty, which transferred *competences in terms of investment protection* from the Member States to the EU and the “Grandfathering” Regulation of 12 of December 2012. This Regulation provides that *these new treaties shall progressively replace the BITs concluded by the Member States with third countries*.

However, the CJEU has recently circumscribed the EU’s exclusive competence in terms of investment protection and ISDS in an Opinion on the investment and free-trade agreement with Singapore. The European Commission believed that it could conclude this treaty *without the participation of Member States, on the ground of the EU’s exclusive competence* in relation to investment policy. But the Opinion of the CJEU put a stop to this attempt since it considers that:

- The ISDS regime of the treaty, “which removes disputes from the jurisdiction of the courts of

Cette politique constitue également une tentative d’amélioration des RDIE existants et une première étape à l’objectif ambitieux d’instituer d’une *Cour multilatérale d’investissement* visant à remplacer à terme les mécanismes de RDIE.

La Commission tente enfin d’obtenir, difficilement, *la suppression des ABI conclus entre les premiers Etats membres et les anciens Etats de l’Union soviétique*, avant leur entrée dans l’Union européenne qu’elle juge aujourd’hui contraires au droit de l’Union.

L’intégration de systèmes de RDIE dans tous les nouveaux accords de libre-échange conclus par l’Union européenne avec les Etats tiers

Depuis que le Traité de Lisbonne a inclus les investissements étrangers directs²² dans le domaine de la politique commerciale commune²³ et a ainsi conféré cette compétence à l’Union européenne, la Commission européenne a engagé une politique de négociations commerciales particulièrement active avec de nombreux Etat tiers.²⁴

Son objectif affiché est de *conclure avec ces Etats de nouveaux traités allant au-delà du libre-échange et intégrant systématiquement un régime de protection des investissements* incluant des clauses de garanties substantielles des investisseurs et un système de RDIE.²⁵

Ainsi, les récents traités résultant de ces négociations (l’EUVFTA avec le Vietnam, l’EUSFTA avec Singapour et le CETA avec le Canada) intègrent tous des régimes de protection des investissements.²⁶

Pour la Commission européenne, cette démarche s’inscrit dans la continuité du Traité de Lisbonne qui a transféré à l’Union européenne des compétences en matière de protection des investissements et du Règlement dit « Grandfathering » du 12 décembre 2012²⁷ qui prévoit que *ces nouveaux traités devraient remplacer progressivement les ABI conclus par les Etats membres avec les Etats tiers*.

Toutefois, la CJUE est venue récemment circonscrire les compétences exclusives de l’Union européenne en matière de protection des investissements et de RDIE dans un avis concernant le traité de libre-échange et d’investissements avec Singapour.²⁸ La Commission européenne avait en effet estimé qu’elle pouvait signer ce traité au nom de l’Union européenne, *sans la participation des Etats membres en invoquant la compétence exclusive de l’Union européenne* dans le domaine de la politique d’investissements.²⁹ Or, l’avis de la CJUE vient mettre un frein à ces velléités puisqu’il juge que :

- Le régime de RDIE prévu par le traité « qui soustrait des différends à la compétence juridictionnelle des

Etats membres, ne saurait revêtir un caractère purement auxiliaire [...] et ne saurait, dès lors, être instauré sans le consentement de ceux-ci »³⁰;

- Les clauses de protection des investissements ne relèvent de la compétence exclusive de l'Union européenne que pour les investissements « directs » c'est-à-dire les investissements servant « à créer ou à maintenir des relations durables et directes entre le bailleur de fonds et l'entreprise à qui ces fonds sont destinés en vue de l'exercice d'une activité économique ».

En revanche, l'Union européenne ne dispose pas d'une compétence exclusive sur les investissements indirects comme les investissements « de portefeuille » (acquisition de titres de sociétés dans l'intention de réaliser un placement financier sans intention d'influer sur la gestion et le contrôle de l'entreprise), les investissements immobiliers ou les recours à l'emprunt.³¹

Cet avis signifie que les traités de protection des investissements conclus jusqu'à présent par l'Union européenne sont de nature « mixte », de sorte que leur entrée en vigueur est conditionnée à leur ratification par les parlements de l'ensemble des Etats membres.

Ainsi le CETA, malgré sa ratification par le Parlement européen, ne pourra entrer en vigueur de manière « complète » qu'après sa ratification par l'ensemble des parlements nationaux.³²

L'objectif de l'Union européenne d'instituer une Cour multilatérale d'investissements

Devant le rejet massif du système de RDIE par la société civile, la Commission européenne a également commencé à proposer en 2015 dans le cadre des négociations du CETA des améliorations au système de RDIE classique. Elle met ainsi en avant un système hybride consistant en un tribunal bilatéral d'arbitrage semi-permanent (appelé ICS pour « Investment Court System ») dont les membres, qui sont soumis à des règles éthiques, sont nommés dès son institution pour un mandat de plusieurs années puis sont choisis de manière aléatoire à chaque affaire.

Pour la Commission européenne, ce système, qui limite le risque de conflit d'intérêts même s'il n'offre toujours pas les mêmes garanties d'indépendance et d'impartialité qu'une véritable juridiction,³³ vise à se démarquer des RDIE classiques pour être mieux accepté par l'opinion publique et à constituer une « première étape vers la mise en place d'une Cour multilatérale de l'investissement ».³⁴

Dans cet objectif, la Commission européenne tente d'inclure dans les nouveaux accords négociés avec des Etats tiers, comme le CETA, un engagement d'accepter la juridiction de

the Member States, cannot be of a purely ancillary nature ... and cannot, therefore, be established without the Member States' consent";

- Investment protection provisions are part of the EU's exclusive competence only to the extent of "direct" investments, in other words investments, which serve "to establish or maintain lasting and direct links between the persons providing the capital and the undertakings to which that capital is made available in order to carry out an economic activity".

However, the EU does not have exclusive competence in relation to indirect investments such as "portfolio" investments (acquisition of company securities with the intention of making a financial investment without any intention to influence the management and control of the undertaking), real-estate investment or the use of loans.

This Opinion means that the investment protection treaties concluded so far by the EU are of a "mixed" nature, so their entry into force is conditional on their ratification by the parliaments of all Member States.

Therefore the CETA, notwithstanding its ratification by the European Parliament, will "fully" enter into force only after its ratification by all the national parliaments.

EU's goal to establish a multilateral court of investments

Facing the overwhelming rejection of the ISDS system by civil society, the Commission has also suggested to modify the classic ISDS system. Since the conclusion of the CETA, the Commission puts forward a hybrid system, which consists in a semi-permanent bilateral arbitral court called the ICS (Investment Court System). Its members, which are subject to some ethical rules, shall be appointed from its creation for a term of several years and shall be randomly selected for each case.

From the European Commission's point of view, this system effectively limits the risk of conflicts of interest—even though it doesn't always offer the exact same guarantees of independence and impartiality than a genuine jurisdiction—and it aims at differentiating itself from the classical ISDS system to enjoy a greater acceptance among European citizens and constitute "a step towards the establishment of a multilateral investment court".

To that end, the European Commission intends to include in the new agreements negotiated with third States, such as CETA, an undertaking to accept the

jurisdiction of the Multilateral Investment Court once it has been established.

Besides this, the Commission has convinced the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) to commence work on a potential reform of ISDS mechanism which would include the possibility of setting up a multilateral court of investments.

However, the establishment of a *multilateral investment court* is still a remote objective, which may face many oppositions, particularly from the US. Even within the EU, there is no consensus among the Member States, many of which even refuse to abandon their intra-European Union BIT, as can be seen from the developments below.

The future of BITs between Member States

Within the EU there are still hundreds of BITs concluded between the first Member States and the former Soviet States before their accession to the EU. These BITs still generate multiple claims against Member States before arbitration tribunals.

Yet, the European Commission considers that *these treaties are not necessary anymore* and that they *have become incompatible with European Union Law*:

“Since enlargement, such ‘extra’ reassurances should not be necessary, as all Member States are subject to the same EU rules in the single market, including those on cross-border investments. ... By contrast, intra-EU BITs confer rights on a bilateral basis to investors from some Member States only: in accordance with consistent case law from the European Court of Justice, such discrimination based on nationality is incompatible with EU law. ... ‘the Commission has consistently and over a number of years pointed out to all Member States that intra-EU BITs are incompatible with EU law.’”

In consequence, the Commission indicates that it has launched an “administrative dialogue” with 21 Member States and opened infringement procedures against the other five (Romania, Sweden, Austria, the Netherlands and Slovakia). However, these actions have achieved little results so far as tens of BITs remain in force within the EU as of July 2017 and only Poland and Romania appear to have actually denounced their BITs with other Member States.

la Cour multilatérale d’investissements une fois que celle-ci aura été instituée.³⁵

En outre, à la demande de la Commission européenne, la Commission de droit international de l’ONU (UNCITRAL) a accepté de débiter des travaux sur une réforme potentielle des mécanismes de RDIE incluant la possibilité d’établir une Cour multilatérale d’investissements.³⁶

Toutefois, l’institution d’une *Cour multilatérale d’investissements* reste à date un objectif incertain qui risque de se heurter à de nombreuses oppositions notamment des Etats-Unis. Au sein même de l’Union européenne, il n’existe pas de consensus entre les Etats membres dont nombreux refusent même d’abandonner leurs ABI intra-Union européenne, comme il ressort des développements ci-après.

Le sort des ABI intra-Union européenne

Au sein de l’Union européenne, subsistent des centaines d’ABI conclus entre les premiers Etats membres et les anciens Etats de l’Union soviétique, avant leur entrée dans l’Union européenne. Ces ABI continuent à générer de multiples recours à l’encontre d’Etats membres devant des tribunaux d’arbitrage.

Or, la Commission européenne considère que *ces traités ne sont plus nécessaires et sont même devenus contraires au droit de l’Union* :

« Depuis l’élargissement, ces *garanties ‘supplémentaires’* ne devraient plus être nécessaires, puisque tous les Etats membres sont soumis aux mêmes règles au sein du marché unique, y compris en matière d’investissements transfrontières ... Par opposition, les ABI intra-UE confèrent des droits aux investisseurs de certains Etats membres uniquement, sur une base bilatérale. Or, conformément à la jurisprudence constante de la Cour de justice de l’Union européenne, une telle discrimination fondée sur la nationalité est contraire au droit de l’Union ... ‘cela fait des années que la Commission fai[t] instamment valoir à tous les Etats membres que les ABI intra-UE sont contraires au droit de l’Union’. »³⁷

La Commission européenne a ainsi indiqué avoir engagé un « dialogue administratif » avec 21 Etats membres et ouvert des procédures d’infractions à l’encontre de cinq autres (la Roumanie, la Suède, l’Autriche, les Pays-Bas et la Slovaquie).³⁸ Cependant, ces actions n’ont obtenu que peu de résultats jusqu’à présent puisque plusieurs dizaines ABI subsistaient au sein de l’Union européenne en juillet 2017 et seuls la Pologne et la Roumanie semblaient avoir dénoncé leurs ABI les liant à d’autres Etats membres.³⁹

En outre, l'action de la Commission européenne pour supprimer les ABI intra-UE risque de se heurter à une nouvelle difficulté. En effet, dans le cadre d'une affaire opposant la société Achmea à la République Slovaque qui a donné lieu à une question préjudicielle devant la CJUE, l'avocat général a conclu que le mécanisme de RDIE instauré par l'ABI Pays-Bas/Tchécoslovaquie était compatible avec les dispositions du TFUE.⁴⁰ Dans l'hypothèse où la CJUE suivrait les conclusions de l'avocat général, la Commission européenne pourrait ainsi ne plus être fondée à invoquer l'illégalité de ces ABI pour en exiger la suppression.

LES RISQUES LIES A LA POLITIQUE DE L'UNION EUROPEENNE EN MATIERE DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS

Si le système de ICS décrit supra comporte des améliorations certaines par rapport aux systèmes de RDIE classiques, son intégration systématique dans tous les accords avec des Etats tiers, *y compris avec ceux dotés d'un système judiciaire fiable* reste susceptible d'exposer l'Union européenne à certains risques.

On peut à cet égard relever que, dans le cadre des négociations du TTIP, *le Parlement européen avait recommandé à la Commission européenne de s'opposer à l'inclusion de mécanismes de RDIE et de standard de protection d'investissements qu'il jugeait inutile*, dès lors que les systèmes judiciaires dans l'Union européenne et aux Etats-Unis fonctionnaient efficacement et que le degré existant de protection d'investissement était déjà pleinement suffisant pour garantir la sécurité juridique des investisseurs.⁴¹

C'est ainsi que la majorité des Etats membres s'était abstenue de conclure des ABI avec le Canada ou les Etats-Unis.⁴² Or, l'entrée en vigueur du CETA, puis éventuellement à terme du TTIP, *risque de favoriser la multiplication des recours contre les Etats membres et l'Union européenne de la part d'investisseurs très familiers avec ce type de procédure* après des années d'expérience de l'ALENA.

Enfin, alors que *l'Union européenne était jusqu'à présent protégée de recours de la part d'investisseurs à son encontre en dehors des règles « classiques » de mise en œuvre de sa responsabilité devant les juridictions européennes, en devenant elle-même partie à ses nouveaux traités, elle accepte d'être l'objet de recours contentieux de la part d'investisseurs étrangers s'estimant lésés par des normes européennes ou par les actions des institutions européennes.*

Moreover, the action of the European Commission to remove intra-EU BITs may face a new difficulty. Indeed, as part of a recent case between Achmea and the Slovak Republic which gave rise to a preliminary ruling before the CJEU, the Advocate General stated, in his Opinion, that the ISDS mechanism set out in the BIT between Netherlands and Czechoslovakia was compatible with the TFEU provisions. Should the CJEU follow the Advocate General's Opinion, the European Commission might no longer be justified to rely upon the illegality of these BITs to require their withdrawal.

THE RISKS RELATED TO EU'S POLICY IN TERMS OF INVESTMENT PROTECTION

While the ICS described above presents some improvements over traditional ISDS systems, its systematic integration into all agreements with third States, including those with a reliable judicial system, remains likely to expose the EU to certain risks.

It could also be noted that, within the negotiations of the TTIP, *the European Parliament had recommended the Commission standing against the inclusion of ISDS mechanism and investment protection standards. They were considered useless* by the Parliament since the judicial systems within the EU and the US work efficiently and the current level of investment protection was fully sufficient to guarantee the legal safety of investors.

Besides, regarding the Member States, while some of them (e.g. Ireland) have never sought to conclude a BIT (and the majority of the Member States have refrained from entering into any BITs with Canada or the US) *they will automatically be exposed to legal claims brought by investors from countries that are well used to this type of proceedings* (in particular after experiencing ALENA for years) and whose international law firms increasingly promote the invocation of these investment treaties as a legal basis for litigation.

Not surprisingly, the majority of Member States have refrained from entering into any BITs with Canada or the US. However, the entry into force of the CETA, and possibly later those of the TTIP, risk favouring the multiplication of claims against the Member States and the EU by investors which are very familiar with this type of procedure especially after years of experience in NAFTA. Finally, while the EU was so far protected against investors' claims brought outside the framework of the "classical" liability proceedings applicable before the European jurisdictions, by becoming a party to these new treaties, *it may be subject to legal actions*

from foreign investors feeling aggrieved by some European rules or European institutions' actions.

Such actions will expose the EU to increased financial responsibility, which is already covered by the Regulation 912/2014 (23 July 2014) establishing a framework for managing financial responsibility linked to investor-to-state dispute settlement tribunals established by international agreements to which the EU is party:

- The regulation thus identifies the situation where the transposition of a directive adopted by the Union could be a treatment inconsistent with the provisions of an investment agreement (recital 7);
- It also anticipates that these treaties will have an impact on the budget of the Union which "should provide coverage of the expenditure resulting from agreements covering provisions on foreign direct investment to which the Union is a party and which provide for investor-to-state dispute settlement" (recital 21);
- The regulation finally anticipates the risk to be subject to costly and unnecessary arbitration claims which would justify negotiating a settlement: "In some cases, it may be appropriate to reach a settlement in order to avoid costly and unnecessary arbitration" (recital 18).

Such increasing exposure to litigation and to the consequent financial pressures is likely to indirectly restrain the ability of the EU and the Member States to legislate, even on topics of general interest.

In this respect, while the European Commission has focused on integrating in the CETA some provisions reminding the ability of the States and the EU to legislate, they are not absolute and do not protect the EU and the Member States against the risks of abusive claims and extensive interpretation of the investors' guarantees. In particular, the notions of "fair and equitable treatment" and "indirect expropriation" are commonly used by investors to challenge rules, even if they were adopted in the general interest.

In particular, on the basis of the wording of the CETA provisions, Canadian investors could claim under certain circumstances that some decisions taken by the Union or the Member States (for example decisions tightening the rules for the protection of environment, amending tax rules or imposing a fine for the infringement of competition law) constitute a form of indirect expropriation of their investments or a violation of their right to fair and equitable treatment.

Ces recours l'exposeront à une *responsabilité financière accrue* qui semble d'ailleurs avoir été anticipée dans le *Règlement No 912/2014 du 23 juillet 2014 établissant un cadre pour la gestion de la responsabilité financière liée aux tribunaux de règlement des différends entre investisseurs et Etats mis en place par les accords internationaux auxquels l'Union européenne est partie*.⁴³

- Ce règlement vise ainsi le cas où la *transposition d'une directive requise par le droit de l'Union pourrait constituer un « traitement non conforme » aux dispositions d'un traité d'investissements* (considérant 7).
- Il prévoit également que ces traités auront un impact sur le budget de l'Union qui « devrait permettre de couvrir les dépenses résultant des accords comportant des dispositions relatives aux investissements directs étrangers auxquels l'Union est partie et qui prévoient le règlement des différends entre investisseurs et Etats » (considérant 21).
- Le règlement anticipe enfin le risque d'exposition à des recours en arbitrage « coûteux et inutiles » qui justifierait de transiger certains recours : « Dans certains cas, il peut être opportun de parvenir à un accord transactionnel afin d'éviter un arbitrage coûteux et inutile » (considérant 18).

Cette exposition croissante à des contentieux risque de peser indirectement sur la capacité de l'Union européenne et des Etats membres à légiférer y compris dans l'intérêt général du fait de la pression financière exercée par les recours.

A cet égard, si la Commission européenne s'est attachée à intégrer dans le CETA des stipulations rappelant la capacité des Etats et de l'Union à légiférer, celles-ci ne sont pas absolues et ne préservent pas l'Union européenne ou les Etats membres contre les risques de recours abusifs et d'interprétation extensive des garanties bénéficiant aux investisseurs, en particulier des notions de « traitement juste et équitable » et « d'expropriation indirecte » qui sont couramment utilisées par les investisseurs pour contester des normes même prises dans l'intérêt général.⁴⁴

En particulier, sur la base des formulations utilisées dans les clauses du CETA, des investisseurs canadiens pourraient dans certaines circonstances soutenir que des décisions de l'Union ou des Etats membres renforçant par exemple les règles de protection de l'environnement, modifiant les règles fiscales voire même imposant une amende sur le fondement du droit de la concurrence⁴⁵ constituent une expropriation indirecte de leurs investissements ou une violation de leur droit à un traitement juste et équitable.

A cet égard, on peut relever que le rapport d'évaluation de l'impact environnemental du TTIP de mars 2017 relève qu'il est encore difficile d'évaluer si les réformes des systèmes de RDIE proposées par l'Union européenne préserveront les droits des gouvernements à réguler mais que la simple existence d'un système de RDIE est susceptible d'avoir un impact sur le processus législatif et réglementaire.⁴⁶

L'EXAMEN NECESSAIRE DE LA COMPATIBILITE DE LA POLITIQUE EUROPEENNE DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS AVEC LES TRAITES EUROPEENS

En ce qu'elle introduit des modifications profondes des garanties substantielles et procédurales dont vont bénéficier certaines catégories d'investisseurs à l'encontre de l'Union européenne et des Etats Membres, il apparaît aujourd'hui nécessaire d'examiner la compatibilité de la politique européenne en matière de protection d'investissements avec les dispositions fondamentales des Traités européens.

En premier lieu, les régimes de protection des investissements et de RDIE devraient être analysés au regard du *principe de non-discrimination et d'égalité en droit*.

En effet, les régimes de protection inclus dans les nouveaux traités créent des différences de traitement entre les « investisseurs nationaux » et les « investisseurs étrangers » qui :

- jouissent de droits spéciaux vis-à-vis de l'Union européenne et des Etats membres comme le droit à « un traitement juste et équitable » ou à l'indemnisation en cas « d'expropriation indirecte », ces notions se prêtant à une interprétation extensive au bénéfice des investisseurs, et
- disposent seuls de la faculté de choisir discrétionnairement de déposer un recours soit devant le tribunal d'arbitrage institué par ces traités en bénéficiant de règles procédurales qui leur sont très favorables⁴⁷ soit devant les juridictions internes.⁴⁸

Or, au vu du caractère particulièrement large et imprécise de la notion « d'investisseurs étrangers »,⁴⁹ ces dispositions peuvent conduire à *traiter différemment des entreprises immatriculées dans l'Union européenne, voire dans un même Etat membre, en raison de la nationalité de certains de leurs actionnaires*. Au sein même des entreprises, les protections conférées par ces traités peuvent même conduire à traiter différemment plusieurs types d'actionnaires. Par exemple, aux termes du CETA, un actionnaire même minoritaire d'une société immatriculée en France bénéficierait de ces garanties alors que les actionnaires français n'en bénéficieraient pas.

On this issue, it may be stressed that, according to the environmental impact assessment report of the TTIP, it is still difficult to assess whether the reform of ISDS systems supported by the European Union is able to protect the governments' ability to legislate but that the mere existence of an ISDS system is sufficient to impact the regulatory and legislative process.

THE NECESSARY EXAMINATION OF THE COMPATIBILITY OF THE EUROPEAN INVESTMENT PROTECTION POLICY WITH EUROPEAN TREATIES

Because it introduces profound changes in the substantive and procedural safeguards that certain categories of investors will have against the EU and the Member States, it seems necessary to examine the compatibility of European investment protection with the provisions of the European Treaties.

First of all the investment protection and ISDS regimes should be analysed in light of the *principle of non-discrimination and equality in law*.

Indeed the protection regimes provided in these treaties create undeniable differences of treatment between "national investors" and "foreign investors" who:

- With regard to EU and Member States, enjoy special rights such as the right to a "fair and equitable treatment" and the right to compensation in the event of "indirect expropriation". Some notions that may be subject to an extensive interpretation for the benefit of investors; and
- Exclusively enjoy the discretionary right to choose between bringing a claim before an arbitral court established by these treaties—allowing them to take advantage of favourable procedural rules—and bringing a claim before domestic courts.

Given the broad and imprecise notion of "foreign investors", these provisions may lead to *different treatments of companies which are registered in the EU or even in a single Member State, due to the nationality of its shareholders*. Even within companies, the protections afforded by these treaties may lead to different types of shareholders being treated differently. For example, under CETA, even a minority shareholder in a company registered in France would benefit from these guarantees, whereas French shareholders would not benefit.

Thus, the benefits granted to foreign investors are likely to create *distortions of competition between competing companies or even between different types of shareholders* by granting some rights and remedies that are unavailable for others. According to an OECD report on business and finance:

“As interpreted in these arbitration proceedings, many treaties effectively establish rules that significantly modify widely-applied corporate law and corporate governance principles and can result in fragmentation of companies. They effectively create different classes of shareholders with different rights. The interpretations that create these differences include: i) the acceptance of claims by covered shareholders for losses incurred by companies in which they own shares (claims for “reflective” loss, typically loss in the value of shares as a result of injury to “their” company); and ii) the general availability of damages, including lost profits, as a remedy for government misconduct in breach of a treaty, subject to adequate proof. In contrast to these treaty interpretations, claims for damages for reflective losses are generally barred under national corporate law and other systems of law. The injured company, not its shareholders, owns the claim for redress and recovers any damages. Shareholders that invest in a company are generally accordingly not permitted to seek recovery of reflective loss suffered due to a corporate loss.”

The rules under many treaties as outlined above can allow covered shareholders to strip assets from the company to the detriment of company creditors and other shareholders. This is likely to affect the availability, pricing and other conditions of debt and equity financing for investment that is subject to regulatory risk. Providing greater rights to covered foreign shareholders than those of non-covered domestic shareholders creates incentives that are likely to affect the ratio of foreign and domestic share ownership over time. The unique rules can also fragment corporate governance because they shift power on key issues from the centralised corporate board of directors to covered shareholders.”

Ainsi, les avantages accordés aux investisseurs étrangers sont susceptibles de créer des *distorsions de concurrence entre sociétés concurrentes voire entre différents types d'actionnaires* en conférant à certains des droits et voies de recours dont les autres sont privés. Ainsi d'après un rapport de l'OCDE sur l'entreprise et la finance⁵⁰ :

« Tels que les interprètent les procédures d'arbitrage, beaucoup de traités établissent de facto des règles qui modifient substantiellement le droit des sociétés et les principes largement appliqués pour leur gouvernance, et qui peuvent conduire à fragmenter leurs structures. Ils créent dans les faits des catégories différentes d'actionnaires, avec des droits différents. Les interprétations qui engendrent ces différences sont essentiellement i) l'admissibilité de plaintes d'actionnaires protégés concernant des préjudices subis par des entreprises dont ils détiennent des parts (demandes en réparation de préjudice indirect, c'est-à-dire, en général, la dévalorisation de leur participation en conséquence des dommages infligés à 'leur' société) et ii) la possibilité générale de dommages-intérêts, y compris pour manque à gagner, en réparation de la violation par un Etat des dispositions d'un traité, dont la preuve doit être dûment apportée.”

A l'inverse de ces interprétations des traités, les législations nationales sur les sociétés et autres systèmes de droit interdisent en règle générale les demandes en réparation de préjudice indirect. Seule la société lésée — et non ses actionnaires — peut introduire la demande en réparation et percevoir les éventuels dommages-intérêts. Les actionnaires investissant dans une société ne sont généralement pas autorisés à demander réparation d'un préjudice indirect subi en raison de pertes sociales.

Les règles ainsi créées par de nombreux traités en vertu du processus décrit ci-dessus peuvent permettre aux actionnaires protégés de procéder à des retraits d'actifs au détriment des créanciers et des autres actionnaires de la société. Elles sont donc susceptibles d'influer sur la possibilité, le prix et les autres modalités d'un financement, par l'emprunt et en fonds propres, d'investissements qui sont sujets à un risque réglementaire. Conférer aux actionnaires étrangers protégés des droits supérieurs à ceux des actionnaires résidents non protégés crée des incitations qui risquent d'avoir un effet sur la quotité entre actionnariat étranger et national à la longue. Ces règles risquent également de fragmenter la gouvernance des entreprises en ce sens qu'elles transfèrent le pouvoir, sur des questions stratégiques,

du niveau central du conseil d'administration aux actionnaires protégés. »

Eu égard à leurs conséquences potentielles négatives sur la concurrence voire même sur l'investissement, il semble difficile de soutenir que ces différences de traitement seraient justifiées par des raisons d'intérêt général.

La décision du Conseil constitutionnel du 31 juillet 2017 semble à cet égard insuffisamment motivée lorsqu'elle se limite à indiquer, sans autre explication, que ces différences de traitement seraient justifiées par un « double motif d'intérêt général » tendant « d'un côté, à créer, de manière réciproque, un cadre protecteur pour les investisseurs français au Canada et, de l'autre, à attirer les investissements canadiens en France ».

En *deuxième lieu*, les régimes de protection des investissements mériteraient d'être examinés au regard du principe de *compétence exclusive de la CJUE dans l'interprétation du droit de l'Union*.

Ce principe a notamment été affirmé par la CJUE dans son Avis 1/09⁵¹ dans lequel elle a jugé que la Cour européenne des brevets envisagée dans le projet de traité était incompatible avec le droit de l'Union dès lors notamment que cette cour pouvait être :

« appelée à interpréter et à appliquer non seulement les dispositions dudit accord, mais également le futur règlement sur le brevet communautaire ainsi que d'autres instruments du droit de l'Union » et également « trancher un litige pendant devant elle au regard des droits fondamentaux et des principes généraux du droit de l'Union, voire à examiner la validité d'un acte de l'Union. » (point 78 de l'avis)

Or, de la même manière, les tribunaux d'arbitrage institués par les traités d'investissements signés par l'Union européenne pourront être amenés à examiner si une mesure prise par l'Union européenne a enfreint une des garanties dont bénéficient les investisseurs « étrangers » comme l'anticipe le Règlement No.912/2014 précité en indiquant qu'une directive européenne pourrait constituer un « traitement » non conforme au titre d'un traité d'investissements.

En outre, il convient de relever que toute une partie de l'argumentation développée par l'Avocat Général dans l'affaire précitée pour conclure que l'*ABI Pays-Bas/Tchécoslovaquie* était compatible avec l'ordre des compétences fixé par les traités européens et l'autonomie du système juridique de l'Union est liée au fait qu'il s'agit d'un ABI intra-UE⁵² et ne trouverait pas à s'appliquer dans le cas d'un traité comme le CETA auquel l'Union européenne serait elle-même partie.

In view of their potential negative effects on competition and even on investment, it seems difficult to argue that these differences in treatment are justified by reasons of general interest.

The decision of the Constitutional Council of 31 July 2017 seems in this respect insufficiently motivated on this point since it simply indicates, without further explanation, that these differences of treatment would be justified by "a dual public interest purpose" which consists "on the one hand, in creating, on a reciprocal basis, a protective framework for French investors in Canada and, on the other hand, in attracting Canadian investments in France".

Secondly, the investment protection regimes should also be examined in the light of the principle of the *exclusive competence of the CJEU to interpret EU law*.

This principle has been affirmed by the CJEU in its Opinion 1/09 in which it held that the European and Community Patents Court envisaged in the drafted treaty was incompatible with EU law since this court would have been:

"called upon to interpret and apply not only the provisions of that agreement but also the future regulation on the Community patent and other instruments of European Union law" and "called upon to determine a dispute pending before it in the light of the fundamental rights and general principles of European Union law, or even to examine the validity of an act of the European Union." (point 78 of the Opinion)

In the same ways, the arbitration tribunals established by the investment treaties signed by the European Union, may have to assess whether an act taken by the European Union has breached one of the guarantees granted to "foreign" investors'. This possibility is contemplated by the Regulation 912/2014 of 23 July 2014 when it states that a European directive could constitute a "treatment" incompatible with the provisions of an investment treaty.

In addition, it should be noted that part of the argument developed by the Advocate General in the above-mentioned case to conclude that the *BIT Netherlands v Czechoslovakia* is compatible with the order of competences laid down by the European Treaties and the autonomy of the Union's legal system is linked to the fact that it is an intra-EU BIT and would not be applicable in the case of a treaty such as CETA to which the EU is itself a party.

In this context, Belgium's request for opinion from the CJEU on the provisions of the CETA establishing the ISDS system will be a welcome opportunity to deeply examine the compatibility of these systems with EU law.

Dans ce contexte, le recours pour avis de la Belgique devant la CJUE sur les dispositions du CETA instituant le système de RDIE constituera une opportunité bienvenue pour examiner en profondeur la compatibilité de ces systèmes avec le droit de l'Union.

Notes

1. Ce projet de Traité est aussi parfois désigné par le terme TAFTA pour *Transatlantic Free Trade Agreement*.
2. En français, le CETA est appelé AECG pour Accord économique et commercial global.
3. Cette initiative citoyenne invitait la Commission à soumettre au Conseil une proposition de lui retirer le mandat de négociation en vue de la conclusion du TTIP et de ne pas l'autoriser à signer le TTIP et le CETA. Le Tribunal de l'Union a récemment jugé que la Commission avait violé le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne en refusant d'enregistrer en 2014 cette proposition d'initiative citoyenne (cf. Arrêt du Tribunal de l'Union européenne, *Michael Effer c/. Commission* (T-754/14) 10 mai 2017).
4. Voir notamment communiqué de presse (en anglais) de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 13 octobre 2016 : <http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2016/bvg16-071.html> [Consulté le 15 décembre 2017].
5. Le Conseil constitutionnel a été saisi le 22 février 2017 par plus de cent députés afin d'examiner la conformité du CETA avec la Constitution. Il a jugé le CETA conforme à la Constitution dans une Décision N° 2017-749 DC du 31 juillet 2017 : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2017/2017-749-dc/decision-n-2017-749-dc-du-31-juillet-2017.149543.html> [Consulté le 15 décembre 2017].
6. Le Royaume de Belgique a indiqué avoir saisi la CJUE pour avis sur la compatibilité avec les traités européens du chapitre du CETA instituant un système de règlement des différends entre investisseurs et Etat (Communiqué de presse, en anglais, du Royaume de Belgique en date du 6 septembre 2017 disponible à https://diplomatie.belgium.be/en/newsroom/news/2017/minister_reynders_submits_request_opinion_ceta [Consulté le 15 décembre 2017]). L'affaire est pendante devant la CJUE (Demande d'avis présentée par le Royaume de Belgique au titre de l'article 218, paragraphe 11, TFUE, Avis 1/2017).
7. A cet égard, la médiatrice de l'Union européenne a ouvert une enquête sur la transparence et la participation publique aux négociations du TTIP au terme de laquelle elle a invité la Commission à prendre plusieurs mesures correctives (Cas OI/10/2014/RA Décision finale du 6 janvier 2015, disponible à <https://www.ombudsman.europa.eu/en/cases/decision.faces/en/58668/html.bookmark> [Consulté le 15 décembre 2017]).
8. Communiqué de presse de la Commission « Présentation ce jour d'un rapport sur la consultation concernant la protection des investissements dans les négociations commerciales UE-Etats-Unis », 13 janvier 2015 disponible à http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-3201_fr.htm [Consulté le 15 décembre 2017].
9. Traité signé en décembre 1992 entre les Etats-Unis, le Canada et le Mexique.
10. Traité signé en décembre 1994 par une cinquantaine d'Etats, parmi lesquels les Etats de l'ancienne Union soviétique et d'Europe centrale et orientale, le Japon, l'Australie, la Communauté européenne et ses Etats membres.
11. Source : graphique extrait du rapport de la Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement (CNUCED) « World Investment Report 2017 », disponible à http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2017_en.pdf [Consulté le 15 décembre 2017] p.111. La légende du graphique se lit de la manière suivante : IIAs : *International Investment Agreements* (Accords internationaux d'investissements) ; BITs : *Bilateral Investment Treaties* (Traité bilatéraux d'investissements) ; TIPs : *Treaties with investment provisions* (Traité contenant des stipulations sur les investissements).
12. Source : graphique extrait du rapport de la Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement (CNUCED) « World Investment Report 2017 », disponible à http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2017_en.pdf [Consulté le 15 décembre 2017] p.111.
13. On compte près de 100 demandes d'arbitrage sur ce fondement (source : base de données de la CNUCED disponible à <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/FilterByApplicableIa> [Consulté le 15 décembre 2017]).
14. Des investisseurs et actionnaires d'investisseurs en Espagne ont initié entre 2011 et 2016 plus d'une trentaine de demandes d'arbitrage et d'indemnisation sur le fondement de Traité sur la Charte de l'énergie (source : base de données de la CNUCED). De même, l'Italie a fait l'objet de huit demandes d'arbitrage sur des fondements similaires entre 2014 et 2016. L'Italie a depuis notifié sa dénonciation du Traité sur la Charte de l'énergie (cf. <http://www.energycharter.org/who-we-are/members-observers/countries/italy/> [Consulté le 15 décembre 2017]), elle peut toutefois continuer à être attaquée jusqu'en 2036 au titre des investissements réalisés antérieurement à 2016.
15. *Vattenfall AB c/. Federal Republic of Germany* (dite affaire *Vattenfall c/. Germany II*), (ICSID Case No.ARB/12/12) dont les détails sont disponibles à <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/Details/467> [Consulté le 15 décembre 2017].
16. *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG c/. Federal Republic of Germany* (dite affaire *Vattenfall c/. Germany I*), (ICSID Case No.ARB/09/6), sentence du tribunal arbitral du 11 mars 2011, disponible à <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0890.pdf> [Consulté le 15 décembre 2017].
17. « Document de référence » du 6 janvier 2017 : Les accords de protection des investissements et la réforme du mécanisme de règlement des différends investisseur-Etat, disponible sur le site internet du ministère de l'Economie à l'adresse suivante : <http://www.tresor.economie.gouv.fr/File/431808> [Consulté le 15 décembre 2017].

18. Communication de la Commission européenne au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Le commerce pour tous - Vers une politique de commerce et d'investissement plus responsable », p.19, 14 octobre 2015, COM(2015)0497 final, disponible à l'adresse suivante <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0497&from=fr> [Consulté le 15 décembre 2017].

19. Traduction libre tirée du rapport de la CNUCED « Investment policy framework for sustainable development 2015 », disponible à http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf [Consulté le 15 décembre 2017].

20. Rapport de l'OCDE du 25 mai 2016 « Favoriser un dialogue intergouvernemental et multipartite », point 5, disponible à [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/INV\(2016\)12/REV1&doclanguage=fr](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/INV(2016)12/REV1&doclanguage=fr) [Consulté le 15 décembre 2017].

21. cf. Rapport de la Commission « Le commerce pour tous 2015 » précité. Des propositions de réformes ont été émises par la CNUCED (cf. « UNCTAD's Roadmap for IIA Reform of Investment », disponible à http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/Joerg%20Weber%20Cath%20Titi%20article_with%20copyright.pdf [Consulté le 15 décembre 2017]) et par l'OCDE (cf. « OCDE favoriser un dialogue multipartite sur les traités d'investissement 2016 », disponible à : [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/INV\(2016\)12/REV1&doclanguage=fr](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/INV(2016)12/REV1&doclanguage=fr) [Consulté le 15 décembre 2017]). La France a également appelé de ces vœux une Cour d'investissements (Voir par exemple sur le site internet du ministère de l'Economie, la note « Les accords de protection des investissements et la réforme du mécanisme de règlement des différends investisseur-Etat », en 6 janvier 2017 disponible à <http://www.tresor.economie.gouv.fr/File/431808> [Consulté le 15 décembre 2017]).

22. Article 207, paragraphe 1 du TFUE.

23. La politique commerciale commune relève de la compétence exclusive de l'Union européenne en vertu de l'art.3, para.1, sous e), du TFUE.

24. Voir le document « Overview of FTA and other Trade Negotiations » qui liste les négociations en cours portant sur des accords de libre-échange et qui est disponible sur le site internet de la DG Commerce de la Commission européenne à : http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/december/tradoc_118238.pdf [Consulté le 15 décembre 2017]. Voir également Management Plan 2017 DG Trade disponible à http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/august/tradoc_154920.pdf [Consulté le 15 décembre 2017].

25. Voir le document « Overview of FTA and other Trade Negotiations » précité.

26. Les chapitres sur la protection des investissements des traités avec le Vietnam et avec Singapour sont disponibles sur le site de la DG Commerce de la Commission européenne respectivement aux liens suivants : <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1437> [Consulté le 15 décembre 2017] et <http://trade.ec.europa.eu/doclib/html/152844.htm> [Consulté le 15 décembre 2017]. S'agissant du CETA avec le Canada, les stipulations concernant la protection des investissements et instituant un système de RDIE se trouvent à l'art.8 du traité ratifié par le Parlement européen (cf. JO L11/23-1079, 14 janvier 2017).

27. Règlement (UE) No.1219/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 établissant des dispositions transitoires pour les accords bilatéraux d'investissement conclus entre des Etats membres et des pays tiers (JOUE, L 351/40-46, 20 décembre 2012) : « les accords bilatéraux d'investissement qui précisent et garantissent les conditions d'investissement devraient être maintenus en vigueur et remplacés progressivement par des accords d'investissement de l'Union prévoyant des niveaux élevés de protection des investissements ».

28. Avis n°2/15 du 16 mai 2017 ; Communiqué de presse de la Cour de justice du 16 mai 2017 « L'accord de libre-échange avec Singapour ne peut pas, dans sa forme actuelle, être conclu par l'Union européenne seule » .

29. Voir par exemple déclaration 9 de la Commission et déclaration consignée dans le document « Déclarations à inscrire au procès-verbal du Conseil » (JOUE 14 janvier 2017 L11/9) annexé à la décision de signature du CETA (point 36 du document) ainsi que les observations formulées par la Commission et les Etats membres dans le cadre de la procédure d'Avis n°2/15 du 16 mai 2017 devant la CJUE.

30. Point 292 de l'Avis n°2/15 du 16 mai 2017 précité.

31. Point 227 et 228 de l'Avis n°2/15 du 16 mai 2017 précité.

32. Il convient toutefois de noter que l'entrée en vigueur provisoire de la quasi-totalité du CETA à l'exception de certaines stipulations du régime de protection des investisseurs, dont le RDIE, est effective depuis le 21 septembre 2017. Ce mécanisme avait été mis en place par la Décision (UE) 2017/38 du Conseil du 28 octobre 2016 relative à l'application provisoire de l'accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses Etats membres, d'autre part, JOUE du 14 janvier 2017, L11/1080.

33. En particulier, l'impartialité des arbitres vis-à-vis des investisseurs est susceptible d'être altérée par le fait qu'une partie de leur rémunération est constituée des honoraires et frais reçus lorsqu'ils sont saisis d'un recours (Voir par exemple art.8.27.14 du CETA) et dépend donc pour partie de la volonté des investisseurs à saisir le tribunal d'arbitrage, elle-même influencée par les chances de succès des recours contre les Etats.

34. Cf. par exemple, déclaration de la Commission européenne consignée dans le document « Déclarations à inscrire au procès-verbal du Conseil » (JOUE 14 janvier 2017 L11/9) annexé à la décision de signature du CETA (point 36 du document).

35. Voir art.8.29 du CETA « Les Parties s'emploient à créer, de concert avec d'autres partenaires commerciaux, un tribunal multilatéral des investissements et un mécanisme d'appel connexe aux fins du règlement des différends relatifs aux investissements ».

36. Communiqué de presse de la DG Commerce du 10 juillet 2017 disponible au lien <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1691&title=UN-agrees-to-start-work-on-multilateral-reform-of-investment-dispute-settlement> [Consulté le 15 décembre 2017] et « factsheet » de la Commission en date du 10 juillet 2017 disponible au lien http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/july/tradoc_155744.pdf [Consulté le 15 décembre 2017].

37. Communiqué de presse de la Commission du 18 juin 2015, « La Commission demande aux Etats membres de mettre fin à leurs accords bilatéraux d'investissement intra-UE » http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_fr.htm [Consulté le 15 décembre 2017].

38. Communiqué de presse de la Commission du 29 septembre 2016, procédures d'infraction du mois de septembre : principales décisions http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-3125_fr.htm?locale=FR [Consulté le 15 décembre 2017].

39. Voir <http://kluwerarbitrationblog.com/2017/03/14/green-light-for-romania-to-terminate-its-intra-eu-bilateral-investment-treaties/> [Consulté le 15 décembre 2017].

40. Affaire C-284/16, Conclusions de l'Avocat Général M. Melchior Wathelet, présentées le 19 septembre 2017, *Slowakische Republik c/ Achmea BV*.

41. Voir Report of the INTA Committee containing the European Parliament's recommendations to the European Commission on the negotiations for the TTIP : « whereas, since judicial systems both in the European Union and in the United States of America function effectively, there is no need for any private investor-state dispute settlement (ISDS) mechanisms in this agreement; ... is of the firm opinion that any TTIP agreement should not contain any investment protection standards or ISDS mechanism as the existing level of investment protection in the EU and the US is fully sufficient to guarantee legal security; ... Calls on to Commission to oppose the inclusion of an ISDS mechanism in the TTIP, given the developed legal systems of the EU and US and the fact that a state-to-state dispute settlement system and the use of national legal and judicial systems are the most appropriate tools to address investment disputes ».

42. A l'exception des Etats de l'ancienne Union soviétique qui ont effectivement fait l'objet de nombreux recours. Ainsi, les anciens pays de l'Union européenne sont jusqu'ici restés relativement préservés de contentieux à leur encontre sur le fondement des ABI. A titre d'illustration, la France qui a conclu une centaine d'ABI n'a fait jusqu'à présent l'objet que d'un seul recours en arbitrage sur le fondement de son ABI avec la Turquie (*Erbil Serter c/ France*, ICSID Case No.ARB/13/22).

43. Règlement (UE) n°912/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 établissant un cadre pour la gestion de la responsabilité financière liée aux tribunaux de règlement des différends entre investisseurs et Etats mis en place par les accords internationaux auxquels l'Union européenne est partie, JO L 257 du 28 août 2014, p.121-134.

44. En particulier, s'agissant de la notion « d'expropriation indirecte », le CETA n'exclut pas totalement la possibilité que des mesures non discriminatoires poursuivant des objectifs politiques légitimes comme la protection de la santé publique, de la sûreté, de l'environnement soient considérées comme des expropriations indirectes dès lors que « la mesure ou la série de mesures est si sévère par rapport à son objectif qu'elle semble manifestement excessive » (Annexe 8-A au CETA).

45. Dans le cadre du CETA, l'art.8.27.14 introduit un garde-fou visant à ce que les décisions de récupération d'aides d'Etat imposées par la Commission ne soient pas analysées par les tribunaux d'arbitrage comme un traitement inéquitable ou une expropriation indirecte mais cela ne couvre pas d'autres décisions de la Commission, par exemple en matière de pratiques anticoncurrentielles.

46. « Assessing whether the EU's reformed approach to investment protection is sufficiently ensuring a government's right to regulate in future judicial practise is hard at this moment in time as the ICS is new and exists only as a proposal, i.e. no cases have been brought forward and/or are assessed following the new set of guidelines. Based on a number of opinion papers and very recent articles, of which some are set-out above, we however note that having any dispute settlement mechanism could have an impact on the regulatory/ legislative process through the (although empirically unproven) 'regulatory chill' effect as discussed by Tienhaara (among others) », *SIA in support of the negotiations on a Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) Final Report*, préparé pour la Commission européenne en mars 2017, p.210, disponible à http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/april/tradoc_155464.pdf [Consulté le 15 décembre 2017].

47. En vertu de l'art.8.23.3, les investisseurs étrangers peuvent choisir d'introduire leur recours selon les règles de procédure qui leur sont les plus favorables sans possibilité pour l'Etat visé par le recours de s'opposer à ce choix. L'Etat visé par le recours ne peut pas non plus contester la compétence du tribunal arbitral puisque l'art.8.25 prévoit que « Le défendeur consent à ce que le différend soit réglé par le Tribunal ». On peut en outre noter que les investisseurs canadiens sont assurés que leur recours sera instruit par une formation comptant au moins un ressortissant canadien, à l'inverse des Etats membres (cf. art.8.27.6 du CETA).

48. Cette option dont disposent les investisseurs étrangers entre la compétence du tribunal d'arbitrage institué par le CETA ou celle des juridictions nationales est reconnue par l'Instrument interprétatif commun qui indique « Les investisseurs *peuvent opter* pour les voies de recours disponibles au niveau des tribunaux nationaux ». (art.6). Les investisseurs étrangers peuvent même faire succéder les procédures devant les juridictions internes et celles devant le tribunal d'arbitrage, sous réserve de renoncer à introduire ou poursuivre des procédures internes dès lors qu'ils saisissent le Tribunal.

49. En vertu de l'art 8.1 du CETA, la notion d'« investisseur d'une Partie » renvoie à « une personne physique ou une entreprise d'une Partie, autre qu'une succursale ou un bureau de représentation, qui cherche à effectuer, effectue ou a effectué un investissement sur le territoire de l'autre Partie ». D'après le même article, « investissement désigne tout type d'actif qu'un investisseur détient ou contrôle, directement ou indirectement, et qui présente les caractéristiques d'un investissement, y compris une certaine durée ainsi que d'autres caractéristiques telles que l'engagement de capitaux ou d'autres ressources, l'attente de gains ou de profits, ou l'acceptation du risque. Un investissement peut notamment prendre la forme : a) d'une entreprise; b) d'actions et autres formes de participation au capital d'une entreprise; c) d'obligations, titres obligataires non garantis et autres titres de créance d'une entreprise; d) d'un prêt accordé à une entreprise; e) de tout autre type d'intérêt dans une entreprise; f) d'un intérêt de coulant, selon le cas : i) d'une concession conférée en application du droit d'une Partie ou d'un contrat, y compris pour l'exploration, la mise en valeur, l'extraction ou l'exploitation de ressources naturelles, ii) d'un contrat clé en main, de construction, de production ou de partage des recettes, iii) d'autres contrats semblables; g) de droits de propriété intellectuelle; h) d'autres biens meubles, tangibles ou intangibles, ou biens immeubles et droits s'y rapportant; i) de créances de somme d'argent ou de droits à une prestation en vertu d'un contrat. ».

50. « Panorama Perspectives 2016 de l'OCDE sur l'entreprise et la finance », p.15 disponible à <https://www.oecd.org/fr/daf/OCDE-Biz-Fin-Panorama-2017.pdf> [Consulté le 15 décembre 2017].

51. Avis 1/09 du 8 mars 2011 rendu en vertu de l'art.218, para.11, TFUE.


52. Voir points 229 à 272 des conclusions de l'Avocat Général M. Melchior Wathelet, présentées le 19 septembre 2017, dans l'affaire *Slowakische Republik c/ Achmea BV* (C-284/16).

LES MESURES PROVISOIRES ET CONSERVATOIRES EN ARBITRAGE INTERNATIONAL — ETAT DES LIEUX

PROVISIONAL AND CONSERVATORY MEASURES IN INTERNATIONAL ARBITRATION—OVERVIEW

Sous la direction d'Alexandra Munoz et de Louis Thibierge la revue continue, avec cet article d'Astrid Westphalen, d'explorer l'apport de la pratique arbitrale tant aux aspects substantiels que procéduraux

Astrid WESTPHALEN*

 Arbitration awards; Concurrent jurisdiction; Enforcement; International arbitration; National courts; Provisional measures

Les procédures arbitrales peuvent durer plusieurs années. Jusqu'à la reddition de la sentence, des preuves peuvent disparaître, des dommages irréparables peuvent être subis, l'exécution de la sentence peut être rendue impossible par les actes ou omissions des parties impliquées.

Afin d'éviter tout dommage causé par les délais de la procédure arbitrale, les parties peuvent solliciter des mesures provisoires tout au long de cette procédure et avant la reddition de la sentence.¹ Ces dernières sont :

« destinées à préserver [pendant la durée de la procédure] une situation de fait ou de droit afin de sauvegarder les droits dont la reconnaissance est demandée devant le tribunal compétent sur le fond du litige. »²

Ainsi, dans l'affaire CCI No.8786,³ le tribunal arbitral considéra que pour être accordée, une mesure provisoire doit être nécessaire pour protéger la partie demanderesse d'un dommage substantiel causé par la durée de la procédure arbitrale.

Les mesures provisoires visent donc à protéger les intérêts légitimes d'une partie pendant la durée de la procédure.

Arbitral proceedings are lengthy procedure that can last several years. By the time the award is rendered, evidence may have disappeared, irreparable harm may have been permanently caused, enforcement rendered impossible.

To prevent any damage caused by the length of the arbitral proceedings, parties can request provisional measures over the course of the proceedings and before the rendering of the award. Provisional measures are interim tools "intended to preserve a factual or legal situation so as to safeguard rights the recognition of which is sought from the court having jurisdiction as to the substance of the case" during the pendency of the arbitral proceedings.

In ICC Case No.8786, the arbitral tribunal considered that in order to be granted, the provisional relief must be necessary to prevent the substantial harm caused to claimant by the length of the arbitral proceedings.

Normally used as a means of protecting the parties' legitimate interest during the arbitral proceedings,

* Avocat a la cour, Solicitor of the Senior Courts of England and Wales, collaboratrice chez Gide Loyrette Nouel.

provisional measures have also been diverted from their original purpose and used as a tactical tool enabling one party to exert pressure on the opposing party.

We will first see that the arbitral tribunals' jurisdiction to order provisional measures derives from the arbitration agreement, the institutional rules chosen and the law of the seat of the arbitration.

Nonetheless, despite an increasing number of cases in which provisional relief is granted by arbitral tribunals, it is still considered an exceptional measure granted only in limited circumstances as they can be determinative of the dispute and hard to repair.

Moreover, the analysis of the arbitral case law reveals that arbitral tribunals tend to rely on three widely agreed substantive criteria when ruling on a request for provisional measures.

Various types of measures can be ordered under the various laws and institutional rules. Indeed, "[i]nterim measures take various forms, are understood and applied differently and may encompass different concepts in different legal systems".

Yet, provisional measures will generally be granted to safeguard the status quo, the evidence material to the outcome of the case and the rights of the parties during the pendency of the arbitral proceedings, effectively protecting them from serious injury caused by such delay. Interim relief has also been granted to secure the arbitral tribunal's jurisdiction, the enforcement of the award or the security of legal costs.

There are nonetheless two limits to provisional relief being granted by arbitral tribunal: the limited enforcement of provisional measures and the fact that national courts have concurrent jurisdiction to grant them.

THE POWER OF THE ARBITRATOR TO GRANT PROVISIONAL MEASURES

As highlighted by one arbitral tribunal:

"international commercial arbitration practice shows that arbitration tribunals have inherent power to issue such orders as may be necessary to conserve the respective rights of the

Néanmoins, l'objectif premier des mesures provisoires a été dévoyé et celles-ci sont également utilisées comme un instrument stratégique permettant à une partie d'exercer une pression sur l'autre partie.

Nous verrons tout d'abord que la compétence des tribunaux arbitraux pour ordonner des mesures provisoires dérive de la convention d'arbitrage, du règlement éventuellement applicable ainsi que de la loi du siège de l'arbitrage.

Nonobstant l'augmentation du nombre de procédures arbitrales dans lesquelles des mesures provisoires sont ordonnées par des tribunaux arbitraux,⁴ ces dernières restent considérées comme exceptionnelles, accordées dans des circonstances limitées en ce qu'elles peuvent avoir une incidence déterminante sur l'issue de la procédure et peuvent causer un dommage difficile à réparer.⁵

Par ailleurs, l'analyse de la jurisprudence arbitrale révèle que les tribunaux arbitraux ont tendance à prendre en considération trois critères substantiels largement reconnus lorsqu'ils sont amenés à se prononcer sur une demande de mesures provisoires.

Différentes mesures peuvent être ordonnées dont la nature variera en fonction des différentes lois et règlements d'arbitrage. En effet « les mesures provisoires prennent des formes variées, sont entendues et appliquées différemment et peuvent englober divers concepts selon les différents systèmes juridiques ».⁶

Néanmoins, les mesures provisoires sont généralement ordonnées par le tribunal arbitral pour préserver le statu quo, sauvegarder les preuves indispensables à la résolution du litige, ainsi que les droits des parties pendant la durée de la procédure arbitrale, les protégeant ainsi de tous dommages causés par le délai important d'une procédure pendante. Elles sont également ordonnées afin de protéger la compétence du tribunal arbitral et garantir l'exécution de la sentence et le paiement des frais de procédure.

Il existe cependant deux limites à l'octroi par les tribunaux arbitraux de mesures provisoires : l'absence de pouvoir coercitif des tribunaux arbitraux permettant d'assurer leur exécution et la compétence concurrente des tribunaux étatiques.

LE POUVOIR DE L'ARBITRE D'ORDONNER DES MESURES PROVISOIRES

Comme souligné par un tribunal arbitral⁷ :

« la pratique de l'arbitrage commercial international démontre que le tribunal arbitral a un pouvoir inhérent pour ordonner de telles mesures afin de préserver, si nécessaire, les droits respectifs des parties et d'assurer

l'effectivité de la compétence et de l'autorité du tribunal. »

Le pouvoir des tribunaux arbitraux d'ordonner des mesures provisoires dépend principalement de la convention d'arbitrage, du choix des règlements arbitraux ainsi que de la loi du siège de l'arbitrage.⁸

La majorité des conventions d'arbitrage ne précise pas que le tribunal arbitral a le pouvoir d'accorder des mesures provisoires. Toutefois, ce silence n'exclut pas la compétence du tribunal arbitral pour le faire. En pratique, il est très rare qu'une clause compromissoire l'exclue, bien qu'en vertu du principe d'autonomie de la volonté des parties, ces dernières peuvent toujours décider d'exclure cette faculté.⁹

Il convient également de noter que la compétence des arbitres pour accorder de telles mesures est reconnue par la plupart des institutions d'arbitrage, et cela de manière assez large. En effet les règlements de la CCI,¹⁰ la LCIA,¹¹ le CIETAC,¹² la SCC,¹³ la AAA¹⁴ et la SCAI¹⁵ prévoient tous la faculté pour le tribunal arbitral d'accorder des mesures provisoires.

La question de la compétence des arbitres pour ordonner des mesures provisoires est généralement considérée comme étant une question de procédure, tranchée par la loi de la procédure arbitrale.¹⁶ Ainsi, les tribunaux arbitraux s'appuient sur la loi du siège de l'arbitrage¹⁷ notamment pour vérifier si cette dernière prohibe ou limite sa compétence pour accorder de telles mesures.¹⁸

Si la loi régissant la procédure arbitrale interdit au tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires, les juridictions étatiques refuseront probablement d'ordonner leur exécution¹⁹ et partant, les arbitres refuseront de les prononcer.²⁰

Il convient de relever que le pouvoir du tribunal arbitral n'est pas illimité et reste circonscrit par le champ de la convention d'arbitrage liant les parties.²¹ Ainsi, le tribunal arbitral n'est pas compétent pour ordonner des mesures provisoires à l'encontre des tiers à l'arbitrage,²² pas plus qu'il ne peut accorder des mesures qui outrepassent l'objet du litige.²³

La compétence du tribunal arbitral pour ordonner des mesures provisoires n'est pas non plus exclusive, les juridictions étatiques ayant une compétence concurrente. Selon la nature de la mesure provisoire demandée, les tribunaux étatiques peuvent s'avérer même être le forum le plus approprié.²⁴

parties and to ensure that the tribunal jurisdiction and authority are made fully effective.”

The arbitral tribunals' power to order interim relief more specifically depends on the arbitration agreement or by the choice of arbitration rules or by the law of the seat of arbitration.

Most arbitration agreements do not specifically state that the arbitral tribunal has the power to grant provisional measures. Yet, this silence does not preclude the arbitral tribunal's jurisdiction over such matter. In practice it is very unusual for arbitration agreement to exclude such power despite the fact that under the principle of party autonomy, the parties can always decide to exclude the power of arbitral to order provisional measures.

It must also be noted that the arbitrators' power to grant such measures has been recognised by most arbitration institutions, usually in broad terms. Indeed, ICC, LCIA, CIETAC, SCC, AAA and SCAI, all provide for the arbitral tribunal's power to grant provisional relief.

The power of the arbitrators to grant provisional measures is generally classified as a matter of procedure and, as such, governed primarily by the law governing the arbitration. Arbitral tribunal therefore resort to the law of the seat of arbitration, notably to check whether such law contains express prohibitions or limitations of its power to grant such measures.

If the law governing the arbitration prohibits an arbitral tribunal from granting provisional measures, national courts will likely refuse to enforce such order and the arbitral tribunal will therefore ordinarily not grant them.

It must be noted that the arbitral tribunal's power is not unlimited as it remains bound by the scope of the arbitration agreement. Therefore, the arbitral tribunal lacks the power to order provisional measures against third parties. Similarly, the arbitral tribunal's power is limited to ordering measures in respect of the subject matter of the dispute.

The arbitral tribunal power to grant provisional measures is not either exclusive, as domestic courts have a concurrent jurisdiction over this matter. Depending on the nature of the provisional measure sought, state courts could even be a more appropriate forum.

A BROADLY FOLLOWED STANDARD FOR THE GRANTING OF PROVISIONAL MEASURES

Historically reticent to grant provisional relief, arbitral tribunals have become increasingly willing to grant provisional measures over the past few years.

Yet, arbitration rules and laws are generally silent on the standards and principles for the granting of an arbitral provisional measure. The only specification being most of the times that the arbitral tribunal may order provisional measures that it deems “necessary” or “appropriate”.

The arbitrators enjoy broad power and wide discretion in establishing such standards and principles. There is no consensus on such standard and there is little precedent in international arbitration.

Yet, arbitral tribunals tend to rely on the standard set out in previous cases when ruling on a request for provisional measures. The analysis of arbitral case law reveals at least three widely agreed substantive criteria that need to be fulfilled for arbitral tribunals to grant provisional relief:

- there must be a threat of irreparable or substantial harm which cannot be compensated for by damages;
- there must be urgency dictating that provisional measures be granted before the rendering of the final award on the merits; and
- provisional relief must not prejudice the merits of the case.

It must be noted that the showing of evidence requested for each of these criteria will depend on the nature of the provisional measure requested. Indeed, the demonstration that these three criteria are fulfilled will be harder where requesting provisional measures to preserve the status quo or to order performance of a contract or an obligation than where requesting provisional measures to preserve evidence or security for legal costs.

Threat of irreparable, serious or substantial harm

Arbitral tribunals often require the requesting party to demonstrate that it may suffer either “irreparable”, “serious” or “substantial” harm unless provisional relief is granted.

Authors advocate in favour of a showing of a risk of serious or substantial harm to the plaintiff rather than a need to demonstrate irreparable harm. As noted by

UN STANDARD LARGEMENT SUIVI POUR L’OCTROI DE MESURES PROVISOIRES

Historiquement réticents à octroyer de telles mesures provisoires,²⁵ les tribunaux arbitraux sont devenus plus enclins à octroyer des mesures provisoires ces dernières années.

Les règlements d’arbitrage et les droits nationaux restent cependant plutôt silencieux quant aux conditions à remplir pour l’octroi de mesures provisoires, la seule indication étant généralement que le tribunal arbitral peut ordonner les mesures provisoires qu’il estime « nécessaires »²⁶ ou « appropriées ».²⁷

Ainsi, les arbitres jouissent d’un large pouvoir et d’une grande discrétion pour définir les conditions d’octroi de telles mesures. En effet, il n’existe ni consensus quant aux exigences requises, ni *stare decisis* en arbitrage international.

Toutefois, les tribunaux arbitraux se sont inspirés des sentences préalablement rendues pour se prononcer sur une demande de mesures provisoires.²⁸ L’analyse de la jurisprudence révèle l’existence de trois critères substantiels clairement établis qui doivent être satisfaits pour qu’une mesure provisoire soit accordée par un tribunal arbitral²⁹ :

- Il faut démontrer un risque de préjudice irréparable ou substantiel qui ne peut être compensé par le paiement de dommages et intérêts ;
- Il faut démontrer l’urgence de prendre une mesure provisoire avant la reddition de la sentence sur le fond du litige ;
- La décision relative à la mesure provisoire ne doit pas préjuger l’issue sur le fond du litige.

En fonction de la nature de la mesure provisoire sollicitée, la preuve à apporter pour satisfaire chacun de ces critères pourra varier. En effet, la démonstration sera plus ardue lorsque les mesures provisoires sollicitées viseront à la préservation du statu quo ou à l’exécution d’un contrat ou d’une obligation plutôt que lorsque des mesures provisoires viseront à la préservation des preuves ou à la mise en place d’une garantie pour couvrir les frais de procédure.³⁰

Risque de préjudice irréparable, sérieux ou substantiel

Les tribunaux arbitraux demandent fréquemment à la partie sollicitant la mesure provisoire de démontrer le risque de souffrir d’un préjudice « irréparable », « substantiel » ou « sérieux » si la mesure provisoire n’était pas accordée.³¹

La doctrine prône l’utilisation du critère du risque de préjudice sérieux ou substantiel plutôt que d’imposer au demandeur la démonstration du risque d’un préjudice

irréparable. Ainsi que le présente un auteur, « il est difficile, (voire parfois impossible) dans des litiges commerciaux de démontrer le caractère 'irréparable' du préjudice qui ne saurait être compensé par le paiement de dommages et intérêts dans la sentence finale ». ³²

Les arbitres vont ainsi prendre en considération dans quelle mesure (i) le requérant souffrirait d'un préjudice sérieux sans l'octroi d'une telle mesure provisoire, (ii) ce préjudice pourrait être compensé dans la sentence finale et (iii) et s'il serait proportionné et légitime que la partie opposée supporte le risque associé. ³³

Dans l'affaire CCI No.12361, le tribunal arbitral a indiqué que « les arbitres doivent établir un équilibre entre le préjudice que subirait chaque partie si les mesures provisoires étaient ou non octroyées ». ³⁴

De même, dans l'affaire CCI No.16250, ³⁵ le tribunal arbitral octroya des mesures provisoires considérant que la communication et l'utilisation d'informations confidentielles auraient causé un préjudice au demandeur et aggravé le litige alors qu'*a contrario*, l'octroi des mesures provisoires n'auraient pas causé de préjudice au défendeur.

Urgence

Bien que l'urgence ne soit pas toujours requise, les tribunaux arbitraux, dans la majorité des sentences disponibles, ont considéré que l'urgence devait être caractérisée pour que des mesures provisoires soient octroyées. ³⁶

Le critère de l'urgence est étroitement lié au critère du préjudice sérieux. La partie réclamant la mesure provisoire devra dès lors démontrer qu'une action immédiate, ne pouvant attendre la reddition de la sentence finale, est nécessaire afin d'empêcher la survenance d'un préjudice sérieux.

L'urgence est interprétée de manière large et généralement « basée sur l'évaluation pragmatique des probabilités et risques ». ³⁷ Il convient également de relever que le degré exact d'urgence varie selon le type de mesure provisoire demandée.

Absence de « préjugement » sur le fond du litige

La signification précise de ce critère demeure floue. Cependant il suggère que le tribunal arbitral doit établir a priori et sans préjuger du fond du litige, s'il convient que le requérant bénéficie de mesures provisoires. ³⁸

Ce critère met en évidence le fait que les mesures provisoires sont seulement temporaires, ne sont pas une décision sur le bien-fondé des demandes et ne revêtent pas l'autorité de chose jugée en ce qui concerne la décision sur le fond du litige.

one author, "it is difficult (and not infrequently impossible) in commercial cases to demonstrate truly 'irreparable' harm that cannot be compensated by money damages in a final award".

Arbitrators will therefore take into account the extent to which (i) the plaintiff will suffer serious injury; (ii) this injury is compensable in a final award; and (iii) it is fair that the burden be shifted to the other party.

In ICC case No.12361, the arbitral tribunal noted that "arbitrators must endeavor to balance the relative harm to each party that may or may not flow from the granting or denial of the measures requested".

Similarly, in ICC Case No.16250, the arbitral tribunal granted provisional measures considering that the communication and use of confidential information would have harmed the claimant and aggravated the dispute, whereas, conversely, the grant of the provisional measures would not have harmed the respondent.

Urgency

Although not always applied, in the majority of cases available, the arbitral tribunal considered urgency as a requirement for the granting of provisional measures.

The requirement of urgency is closely linked to the requirement of serious harm. The party requesting the provisional relief will therefore have to show that immediate action is necessary to prevent serious harm and cannot await the rendering of the final award on the merits.

Urgency is broadly interpreted and is generally "based upon pragmatic assessments of likelihood and risks". It must also be noted that the exact degree of urgency varies depending on the type of provisional measure requested.

No prejudice of the merits of the case

The precise meaning of this requirement remains rather unclear, however, it suggests that arbitral tribunal must prima facie establish whether, without prejudging on the merits of the case, claimant should be granted provisional relief.

This criteria highlights the fact that provisional measures are only temporary, in no way a final determination on the merits and have no res judicata with regard to a decision on the merits.

In ICC Case No.14287, one of the reasons for which the arbitral tribunal refused to grant interim measure was that “an ordered interim measure would evidently anticipate the actual ruling on the amount of compensation for damage, as the amount of compensation for damage is one of the key issues which will probably have to be addressed in these proceedings” and as such would prejudice the merits of the case.

Similarly, in ICC Case No.10648, the arbitral tribunal refused to order the provisional measures requested as it would require an adaptation of the parties’ initial agreements. The arbitral tribunal considered that it would amount to a substantial remedy that would require “full analysis of the merits of the contractual relations between the parties [and as such could] only be part of the final decision on this aspect of the dispute”. Finally, it must be noted that some tribunals have added a fourth condition for the granting of provisional relief: the requirement of “good arguable case on the merits” or “reasonable chance of success on the merits” pursuant to which the parties would have to show a prima facie case or a probability of success on the merit. Arbitral tribunals have considered that the applicable test is whether there is a “likelihood” or whether it is “plausible” that the claimant has a prima facie case to obtain the relief it seeks. This criteria seems to contradict with the no prejudgment of the merits of the case requirement and appears seldom used.

TYPOLOGY OF PROVISIONAL MEASURES

Most institutional rules do not specify the kind of measures that arbitral tribunal may grant, leaving each tribunal with wide discretion.

Yet, the analysis of the arbitral case law and doctrine reveals the existence of various categories of provisional measures.

Measures for the preservation of evidence

Such measures are generally requested at the early stage of the proceedings where the evidence decisive for the determination of the dispute needs to be preserved. They are admissible in most cases, for instance, where the quality of the goods must be determined before the goods are sold or perish or where a critical witness is terminally ill.

Measures for the preservation of the arbitral tribunal’s jurisdiction: “Anti-suit injunctions”

Arbitrators have the power to grant as conservatory relief an order to refrain from initiating or pursuing a

Dans l’affaire CCI No.14287,³⁹ l’une des raisons avancées par le tribunal arbitral pour refuser d’accorder une mesure provisoire était que cela aurait anticipé « manifestement la décision finale sur le montant des dommages et intérêts, le montant de la compensation du préjudice causé étant l’une des questions clés que doit adresser le tribunal arbitral au cours de cette procédure » et en tant que tel préjugerait le fond de l’affaire.

De même, dans l’affaire CCI No.10648,⁴⁰ le tribunal arbitral a refusé d’ordonner les mesures provisoires demandées car cela aurait nécessité la modification des relations contractuelles existantes entre les parties. Le tribunal arbitral a estimé que cela s’apparenterait à une décision sur le fond qui aurait nécessité « une analyse complète de la relation contractuelle des parties [qui à ce titre] ne pouvait que faire partie de la décision finale sur cet aspect du litige ». Enfin, il convient de noter que certains tribunaux arbitraux ont ajouté une quatrième condition à l’octroi de mesures provisoires : le critère de « cause défendable sur le fond » ou « chance de succès raisonnable sur le fond », en application duquel les parties doivent établir que leur demande est a priori fondée ou qu’elles ont de réelles chances de succès sur le fond.⁴¹ A cet égard, les tribunaux arbitraux ont considéré qu’il convenait de déterminer la « probabilité »⁴² ou la « vraisemblance »⁴³ que le demandeur ait prima facie des chances de succès d’obtenir gain de cause. Ce dernier critère semble entrer en contradiction avec le critère de non « préjugement » sur le fond de l’affaire et partant est plus rarement appliqué.⁴⁴

TYPOLOGIE DES MESURES PROVISOIRES

La plupart des règles institutionnelles ne précisent pas le type de mesures que les tribunaux arbitraux peuvent octroyer et laissent une grande discrétion à chaque tribunal.

Pour autant, l’analyse de la doctrine et la jurisprudence fait ressortir l’existence de plusieurs catégories de mesures provisoires.

Les mesures pour la préservation des preuves

Ce type de mesures est généralement demandé au début de la procédure lorsque les preuves indispensables pour le règlement du différend doivent être préservées. Elles sont admises dans la plupart des cas comme, par exemple, lorsque la qualité de certains biens doit être évaluée avant que les biens ne soient vendus ou périmés, ou lorsqu’un témoin essentiel est gravement malade.⁴⁵

Les mesures pour la préservation de la compétence du tribunal arbitral : les « *Anti-suit injunctions* »

Les arbitres ont le pouvoir d’ordonner à l’une des parties, de manière provisoire, de ne pas initier ou poursuivre une

procédure parallèle devant une juridiction étatique. En effet, la poursuite d'une telle procédure parallèle serait contraire à la convention d'arbitrage, risquerait d'aggraver le litige et de compliquer la tâche du tribunal ou encore de rendre plus difficile l'exécution de la sentence finale.⁴⁶

Dans l'affaire CCI No.6709,⁴⁷ le tribunal arbitral considéra que deux procédures sont parallèles si les parties, l'objet et les intérêts du litige sont identiques.

Dans l'affaire CCI No.10681,⁴⁸ le tribunal arbitral a ordonné au défendeur de se désister de la procédure pendante devant les juridictions étatiques jusqu'à la reddition de la sentence finale. Il a en effet considéré que la poursuite d'une telle procédure parallèle pouvait engendrer un préjudice pour la partie forcée à comparaître et « matériellement affecter l'effectivité de la procédure arbitrale pendante et compromettre l'objet de l'arbitrage ».

Les mesures pour la préservation du statu quo

Communément demandées par les parties, les mesures permettant de préserver le statu quo avant la reddition de la sentence sont souvent accordées par les tribunaux arbitraux. Ces mesures visent à empêcher qu'une partie modifie l'état de fait et de droit de l'objet du litige, ce qui pourrait menacer l'exécution de la sentence ou causer un préjudice sérieux pour l'une des parties durant la procédure arbitrale.⁴⁹

Cependant, la question du moment auquel apprécier le statu quo à préserver se pose. Gary Born suggère ainsi que :

« l'analyse appropriée n'est pas de donner une importance fondamentale à la situation au moment du dépôt de la requête d'arbitrage ou de la demande de mesures provisoires. Le tribunal doit plutôt considérer le préjudice qui sera potentiellement subi par chaque partie respectivement au cours de la procédure ainsi que le bien-fondé *prima facie* des réclamations et défenses de chacune des parties. »⁵⁰

Les tribunaux arbitraux ont été particulièrement enclins à ordonner des mesures provisoires qui affectent directement l'objet du litige. Ils ont ainsi octroyé des ordonnances pour le stockage, la maintenance ou la préservation des biens objets du litige. Par exemple, dans l'affaire CCI No.12361,⁵¹ le tribunal arbitral a ordonné au défendeur « de ne pas disposer, vendre ou hypothéquer l'équipement fourni par le demandeur ».

En présence de biens périssables, les tribunaux arbitraux peuvent ordonner leur vente au prix du marché afin de protéger les parties contre tout préjudice supplémentaire.

Des tribunaux arbitraux ont aussi accordé des mesures empêchant l'aggravation du litige. Pour des mesures de

parallel action before a state court. Indeed, pursuing such a parallel action before state courts would be contrary to the arbitration agreement and likely to widen or aggravate the dispute, complicate the task of the tribunal or make more difficult the execution of the final award.

In ICC Case No.6709, the arbitral tribunal held that proceedings are parallel if the parties are identical, so are the interest in the case and the purpose of their claims.

In ICC Case No.10681, the arbitral tribunal ordered the respondent to desist from continuing litigation before the national courts until a final award was issued. It held that the continuance of these proceedings before state courts may result in damage to the party forced to litigate and that it could "materially affect the practical effectiveness of the ongoing arbitration proceedings and compromise the subject matter of the arbitration".

Measures preserving the status quo

Parties commonly request, and arbitral tribunals generally grant a provisional measure to preserve the status quo until the final award on the merit is rendered. It aims at preventing one party from modifying the state of facts or law of the subject matter of the dispute that would undermine the enforceability of the award or could cause serious harm to one party during the course of the proceedings.

Questions arise as to the timing at which to consider the status quo. Born suggests that the:

"appropriate analysis is not to attach decisive importance to the state of affairs at the time of either the request for arbitration or a request for interim relief. Rather, tribunal should look to the relative injury that is likely to be suffered by both parties, respectively, during the course of the arbitral proceedings, as well as the existence of *prima facie* claims and defenses on the part of each of the parties."

Arbitral tribunals have been particularly willing to order relief that directly affects the physical subject matter of the dispute. They have granted orders for the storage, maintenance or preservation of the disputed property that is the subject matter of the dispute. For instance, in ICC Case No.12361 the arbitral tribunal ordered the respondent "not to dispose of, sell or create encumbrances over the equipment supplied to it by the claimant".

In case of perishable goods, the arbitral tribunal may order its sale at market price in order to protect a party from further harm.

Arbitral tribunals have also granted orders preventing the aggravation of the parties' dispute. For orders of

this nature, the requirement of urgency and irreparable harm are less strictly applied. As highlighted by Schwartz:

“there is a tendency on the part of many arbitral tribunals ... to construe the requirement of urgency sufficiently broadly to justify interim measures designed not so much to prevent irreparable harm as to avoid the ‘aggravation’ of the dispute that is the subject matter of the arbitration.”

In ICC Award No.10596, the arbitral tribunal held that “any non-marginal risk of aggravation of the dispute is sufficient to warrant an order for interim relief”.

Finally, arbitral tribunals have granted orders requiring specific performance of contractual obligations in order to ensure that, until the final decision on the merits, the contractual provisions keep producing all their effects or the parties’ enjoyment of their rights is preserved.

Measures securing the enforcement of the award

It has been recognised that arbitral tribunals have the power to order as interim relief the provision of security for compliance with the award. Parties often request arbitral tribunals to order security for the counterparty’s underlying claim to ensure that the claimant’s claim is “not rendered nugatory because of deterioration in the financial condition of its counter-party or by deliberate diversion of assets”.

Yet, in practice, arbitral tribunals seem to be more reluctant to grant such relief.

In ICC Case No.8307, the arbitral tribunal held that when it comes to granting security for substantive claims or for costs, a number of special requirements must be met:

“the financial standing of the party for whom security is requested must be so precarious as to warrant fear that the party will not be able to fulfil its obligations resulting from the arbitral award and to reimburse the costs incurred by the other party in the course of the arbitration should the arbitral tribunal order reimbursement. Secondly, the merits of the claim in respect of which security is requested must have been sufficiently established.”

In this respect, arbitral tribunals consider that indebtedness is a risk associated with any commercial

cette nature, les critères de l’urgence et du préjudice irréparable sont moins strictement appliqués. Comme le relève M. Schwartz :

« il y a une tendance de la part de nombreux tribunaux arbitraux ... à interpréter le critère de l’urgence de manière suffisamment large pour justifier des mesures provisoires destinées moins à empêcher un préjudice irréparable que d’éviter l’aggravation du litige qui fait l’objet de l’arbitrage. »⁵²

Le tribunal arbitral dans l’affaire CCI No.10596⁵³ considéra que « tout risque non négligeable d’aggravation du litige est suffisant pour justifier une ordonnance de mesures provisoires ».

Enfin, des tribunaux arbitraux ont accordé des mesures visant à forcer l’exécution d’obligations contractuelles afin de s’assurer que les stipulations contractuelles continuent à produire leurs effets jusqu’à ce que la décision finale sur le fond soit rendue.⁵⁴

Les mesures pour garantir la bonne exécution de la sentence

Il est admis que le tribunal arbitral a le pouvoir d’ordonner à titre provisoire la constitution d’une garantie pour s’assurer du respect de la sentence.⁵⁵ En effet, les parties demandent souvent aux tribunaux arbitraux d’ordonner que la partie adverse constitue une garantie afin de s’assurer que sa demande au fond ne soit « rendue inutile à cause de la détérioration des finances de la partie opposée ou la dispersion délibérée de ses biens ».⁵⁶

Toutefois, en pratique, les tribunaux arbitraux semblent plus réticents à octroyer ce type de mesures provisoires.

Dans l’affaire CCI No.8307,⁵⁷ le tribunal arbitral a déclaré que lorsqu’il s’agit d’accorder une garantie pour s’assurer de l’exécution de la sentence concernant tant les réclamations que les frais de procédure, plusieurs critères spécifiques doivent être remplis :

« la situation financière de la partie à laquelle il est réclamé de consentir une garantie doit être si précaire qu’elle engendre un risque qu’elle ne puisse pas assumer ses obligations résultant de la sentence et ne puisse pas rembourser les frais encourus par l’autre partie au cours de la procédure si un tel remboursement est ordonné par le tribunal arbitral. De plus, le bien-fondé de la réclamation concernant la demande de garantie doit avoir été suffisamment établi. »

A cet égard, les tribunaux arbitraux estiment que l’endettement est un risque encouru dans toute relation

commerciale et que les mesures provisoires ne devraient pas être l'occasion :

« d'octroyer à l'une des parties plus de protection qu'elle n'en avait en vertu du contrat, en l'absence de preuve que l'autre partie s'engage dans la dispersion de son patrimoine pour éviter le paiement de ses obligations. »⁵⁸

Dans l'affaire CCI No.14287,⁵⁹ le demandeur a réclamé des mesures provisoires obligeant le défendeur à verser, sur un compte séquestre, un montant correspondant au préjudice qui serait subi si une partie de l'activité de l'entreprise n'était pas transférée, en arguant du fait qu'en tant que société mère, la capacité du défendeur de payer des dommages et intérêts pour un tel préjudice serait compromise. Le tribunal arbitral a refusé d'octroyer une telle mesure provisoire considérant que :

« l'existence d'un risque raisonnable que le défendeur perde la capacité à payer des dommages et intérêts pour un préjudice résultant d'une restructuration intra-groupe n'était pas prouvée » et que « le risque revendiqué par le demandeur était minime. »

De même, dans l'affaire CCI No.8113,⁶⁰ le tribunal arbitral a refusé d'accorder des mesures provisoires considérant que l'urgence n'était pas démontrée, que l'octroi d'une telle mesure aurait impliqué un « préjugement » du fond du litige et que le demandeur ne souffrirait pas d'un préjudice irréparable si la mesure demandée n'était pas accordée. Le tribunal arbitral a insisté sur le fait qu'il n'y avait pas d'événement soudain ou imprévisible justifiant l'octroi d'une telle mesure et que le capital et les biens limités du défendeur ainsi que son déficit auraient dû être investigués par le demandeur lors de la signature du contrat.

Enfin, dans l'affaire CCI No.8670,⁶¹ le tribunal arbitral a refusé d'accorder l'une des mesures provisoires au motif que :

« les demanderesses n'ont pas apporté d'élément déterminant justifiant que le recouvrement de leur créances éventuelles sur le défendeur pourrait être rendu très difficile par ce dernier (notamment pour des motifs inconnus des demanderesses au moment de la signature du contrat). »

Dans l'affaire CCI No.16250,⁶² le tribunal arbitral rejeta la demande de garantie au motif que la demande était « spéculative et non corroborée » et qu'il n'y avait aucun « indice que le demandeur serait financièrement incapable de satisfaire une sentence octroyant des dommages et intérêts au défendeur ».

De même, dans l'affaire CCI No.8786,⁶³ le tribunal arbitral rejeta la demande de garantie au motif que le défendeur ne

relationships and provisional measures should not be a way:

“to provide a party with more security than it contracted for, in the absence of any evidence that the other party is engaged in a scheme to empty itself of its assets to avoid payment of its obligations.”

In ICC Case No.14287, the claimant requested a provisional measure ordering the respondent to pay into an escrow account an amount corresponding to the damage it would be caused if part of the disputed company's activities were not transferred to it, alleging that, as a holding company, the respondent's ability to pay compensation for such damage could be at risk. The arbitral tribunal refused to grant such provisional measure considering that:

“the existence of a reasonable risk that the Respondent would lose the ability to pay compensation for damage as a result of intra-group restructuring was not proven” and that “the risk claimed by the Claimant is actually very minimal.”

Similarly, in ICC Case No.8113, the arbitral tribunal refused to grant provisional relief on the basis that there was no urgency, such measure implied a pre-judgment of the dispute and the claimant would not incur any grave and irreparable harm if not grant the provisional measure sought. The tribunal emphasised on the fact that there was no sudden or unforeseeable event justifying the grant of such measure and the respondent's relatively small capital and assets and its deficit should have been investigated by the claimant when it signed the contract.

In ICC Case No.8670, the arbitral tribunal refused to grant the solicited provisional measure on the basis that:

“Claimants failed to provide any decisive element justifying that their potential debt collection from respondent could be rendered complicated by the latter (notably for grounds unknown by the claimants at the time of the signing of the contract).”

In ICC Case No.16250, the arbitral tribunal refused to grant the requested security on the basis that the request was “unsubstantiated and speculative” and that there was “no suggestion that Claimant would be financially unable to satisfy an award of damages in favor of Respondent”.

Similarly, in ICC Case No.8786, the arbitral tribunal refused to grant the requested security on the basis

that the respondent did not demonstrate that the claimant would refuse to enforce an award rendered against it and failed to prove the existence of an irreparable risk or that the award would not be enforceable in the country where it was supposed to be enforced.

Measures for security for legal costs

Pursuant to the rule that “costs follow the event”, a successful party is generally entitled to recover its costs for the arbitration and its legal fees from the defeated party. Many arbitration laws and rules give the arbitral tribunal powers to grant security for costs and under their general power to grant provisional relief, arbitral tribunals could order security for costs on a provisional basis.

Where the seat of the arbitration is in England or in a Commonwealth jurisdiction, security for costs is commonly granted on an interim basis. However, outside these jurisdictions, arbitral tribunals have been more hesitant to order security for legal costs, especially as provisional relief.

Arbitral tribunals consider that burden imposed by the granting of security for legal costs on a provisional basis may interfere unduly with its right to be heard, especially where it lacks the sufficient financial means to post the required security.

Orders for interim payment

In many commercial transactions, one party depends on the payments due under the contract to maintain its cash flow, to execute the contract and to remain in business. Parties sometimes request to be granted, through interim relief, part of the payments that it requests in the main action.

It may seem hardly compatible with the requirement that the provisional relief does not prejudice the merits of the case. Yet, such payment can be so crucial for the survival of the party and to preserve the status quo that arbitral tribunals have assumed a power to grant orders for interim payments on a provisional basis.

ENFORCEMENT OF ORDERS GRANTING PROVISIONAL MEASURES

Decisions on provisional measures are generally granted in the form of an order but can also be in a

démontrait pas que le demandeur refuserait d'exécuter une sentence rendue en sa défaveur et ne prouvait ni l'existence d'un risque irréparable ni que la sentence ne serait pas exécutoire dans le pays dans lequel elle avait vocation à être exécutée.

Les mesures pour le cautionnement des frais de procédure

En vertu du principe selon lequel « les frais suivent l'issue de l'instance », une partie ayant eu gain de cause est généralement habilitée à recouvrer les frais d'arbitrage et de conseil auprès de la partie adverse. Plusieurs lois et règlements d'arbitrage reconnaissent au tribunal arbitral le pouvoir d'ordonner le cautionnement des frais de procédures et en vertu de leur pouvoir général d'octroyer des mesures provisoires, les tribunaux arbitraux peuvent l'ordonner à titre provisoire.

Le cautionnement des frais de procédure est couramment accordé à titre provisoire lorsque le siège de l'arbitrage est situé en Angleterre ou dans un système juridique du Commonwealth. Néanmoins, en dehors de ces systèmes juridiques, les tribunaux arbitraux sont plus réticents pour ordonner le cautionnement des frais de procédure, en particulier à titre provisoire.

Certains tribunaux arbitraux considèrent en effet que l'octroi d'une telle mesure, à titre provisoire, peut interférer avec le droit d'être entendu, en particulier lorsque la partie n'a pas les ressources financières suffisantes pour constituer la garantie sollicitée.⁶⁴

Injonction de paiement partiel à titre provisoire

Dans de nombreuses transactions commerciales, une partie dépend des paiements prévus par le contrat qui maintiennent non seulement ses liquidités mais lui permettent d'exécuter le contrat et plus généralement de poursuivre son activité. Ainsi, les parties réclament souvent à titre provisoire, une part des paiements demandés à titre principal.⁶⁵

Ce type de mesure peut sembler difficilement conciliable avec le critère de « non préjugement » du fond de l'affaire. Toutefois, ce genre de paiements peut être si crucial pour la survie des intérêts d'une partie et pour la préservation du statu quo que les tribunaux arbitraux ont reconnu leur compétence et ont ordonné de tels paiements partiels à titre provisoire.⁶⁶

L'EXECUTION DES DECISIONS ACCORDANT DES MESURES PROVISOIRES

Les décisions relatives aux mesures provisoires revêtent généralement la forme d'une ordonnance mais peuvent

également prendre la forme d'une sentence, d'une décision, d'une recommandation⁶⁷ ou toute autre forme.

form of an award, decision, direction, recommendation or any other form.

Comme relevé par le tribunal arbitral dans l'affaire CCI No.14287⁶⁸ :

As noted by one arbitral tribunal in ICC Case No.14287:

« les décisions relatives à une demande de mesure provisoire (en général) devraient essentiellement prendre la forme d'une ordonnance pour éviter la possible anticipation de la décision finale et les conséquences y afférentes. Certaines exceptions peuvent être faites lorsque l'octroi d'une mesure provisoire est accordé, et lorsqu'une ordonnance serait probablement une forme inadéquate dans le lieu anticipé d'exécution de la mesure. [... A contrario, dans] des affaires où la demande de mesures provisoires est refusée ... l'usage d'une sentence arbitrale serait véritablement inapproprié et soulèverait la possibilité qu'une telle décision soit confondue avec celle sur le fond du litige ou accroîtrait l'impression qu'une telle décision sur le fond aurait été anticipée. »

"decisions on a request for the issue of an interim measure (in general) should primarily be in the form of an order to prevent the possible anticipation of a decision in the case per se and the related consequences. Certain exceptions could be considered in cases where a request for the issue of an interim measure is upheld and where, with consideration for the place in which the implementation of the interim measure can be anticipated an order would probably be an inadequate form. [... By contrast, in] cases where a request for the issue of an interim measure is refused ... the use of an arbitral award would be entirely inappropriate and would only raise the probability that such a decision will be confused with a decision in the case per se, or may increase the impression that a decision in the case per se has been anticipated."

Sauf convention contraire, le tribunal arbitral n'a pas le pouvoir de forcer l'exécution des mesures qu'il a ordonnées. Comme le souligne un tribunal arbitral,⁶⁹ les tribunaux arbitraux n'ont généralement pas le pouvoir coercitif nécessaire. Les juridictions étatiques seront donc compétentes pour forcer, sur requête de l'une ou plusieurs parties, l'exécution de la mesure provisoire.⁷⁰

Unless contrary agreement, the arbitral tribunal lacks the power to enforce the provisional measures it orders. As highlighted by one arbitral tribunal, they do not generally have coercive power. Enforcement is therefore the national courts' responsibility, at the application of one or more parties.

Cependant, le tribunal arbitral peut inciter une partie récalcitrante à exécuter volontairement les mesures provisoires ordonnées en suggérant de manière implicite ou explicite qu'à défaut d'exécution volontaire de sa part, il pourrait tirer des conclusions défavorables à son encontre.⁷¹ Toutefois, ce pouvoir n'est pas sans limite dans la mesure où la partie défaillante trouvera souvent des raisons pour nuancer et excuser son défaut de coopération et sera « prête à sacrifier, dans une certaine mesure, son image de 'bon père de famille' si le défaut d'exécution des mesures provisoires lui procure des avantages importants ». ⁷²

Yet, the arbitral tribunal can encourage voluntary compliance with its order for provisional measure through the express or implied threat that it will draw adverse inferences against the non-compliant party. However, this power is not without limits as a party will often adduce reasons to partially excuse or blur its non-compliance and will be "willing to sacrifice some measure of their appearance as 'good citizens' if noncompliance with provisional measures brings them significant benefit".

Le sondage « 2015 International Arbitration Survey : Improvements and Innovations in International Arbitration »⁷³ montre que 79 pour cent des défendeurs étaient préoccupés par l'exécution de décisions rendues par un arbitre d'urgence et qu'il s'agissait d'un facteur déterminant influençant leur choix de recourir aux juridictions étatiques ou à « l'arbitrage d'urgence ».

The 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration shows that 79 per cent of respondents were concerned about the enforceability of emergency arbitrator decisions and that it was one of the most important factor influencing their choice between state courts and emergency arbitration.

CONCURRENT POWER OF NATIONAL COURTS

The arbitral tribunal's power to grant provisional measures is not exclusive as domestic courts have concurrent jurisdiction.

The concurrent power of national courts and arbitral tribunals to grant provisional relief is an exception to the general principles of arbitral exclusivity and judicial non-interference in the arbitral process. Yet it is "essential to the efficacy of the arbitral process".

Moreover, it is not incompatible with the arbitration agreement and in any event, does not amount to a waiver of the right to arbitrate.

Depending on the nature of the provisional measure sought, state courts could even be a more appropriate forum. Parties may favour recourse to the domestic courts when looking for measures designated to ensure enforcement of a possible award. This is also the case when requesting attachment of assets at third party debtors such as banks or orders directed to third-party debtors to take or omit certain action which require the use of state power, that the arbitral tribunal lacks.

By opposition, in an ICSID arbitration, the arbitral tribunal has exclusive jurisdiction, be it before or after its constitution, to recommend provisional measures, unless specifically agreed otherwise by the parties.

It must be noted that an arbitral tribunal would probably refuse to grant provisional measures, sought beforehand before state courts that refused to grant them because of the lack of emergency or imminent and irreparable harm.

Provisional measures before the arbitral tribunal's constitution

Until the arbitral tribunal has been legally constituted, the arbitrators have no power and therefore cannot order provisional measures. Although it appears fairly logical, this bears critical practical consequences. Indeed, as already discussed, parties generally seek provisional measures at the outset of their dispute to prevent the opposing party to dispose of disputed property or evidence or to alter the status quo.

This is one of the reasons why, under most national legislations and institutional rules, national courts are

LA COMPETENCE CONCURRENTRE DES JURIDICTIONS ETATIQUES

La compétence du tribunal arbitral pour octroyer des mesures provisoires n'est pas exclusive, les tribunaux étatiques disposant d'une compétence concurrente.

La compétence concurrente des juridictions étatiques et des tribunaux arbitraux pour accorder de telles mesures est une exception au principe de la compétence exclusive des arbitres et de la non-ingérence du pouvoir judiciaire dans la procédure arbitrale. Cependant cela reste « essentiel pour l'efficacité de la procédure arbitrale ». ⁷⁴

En outre, cette compétence concurrente n'est pas incompatible avec la convention d'arbitrage et ne saurait, quoi qu'il en soit, s'apparenter à une renonciation au droit de recourir à l'arbitrage. ⁷⁵

Selon la nature de la mesure provisoire demandée, les juridictions étatiques peuvent même être un forum plus approprié. Les parties peuvent favoriser le recours aux juridictions étatiques lorsqu'elles sollicitent l'octroi de mesures destinées à garantir l'exécution de la sentence. C'est également le cas lorsqu'on ordonne la saisie des biens d'un tiers débiteur tel qu'une banque ou lorsqu'on réclame des ordonnances dirigées contre des tiers débiteur pour des obligations de faire ou de ne pas faire qui requièrent l'usage de la force étatique que le tribunal arbitral ne possède pas. ⁷⁶

A l'inverse, sauf accord exprès des parties, le tribunal arbitral est seul compétent, que ce soit avant ou après sa constitution, pour recommander des mesures provisoires dans un arbitrage sous les auspices du CIRDI.

Il convient également de noter qu'un tribunal arbitral refusera probablement d'accorder des mesures provisoires, préalablement sollicitées auprès d'une juridiction étatique qui aurait refusé de les accorder en raison de l'absence d'urgence ou de dommage imminent et irréparable.

Les mesures provisoires avant la constitution du tribunal arbitral

Jusqu'à la constitution légale du tribunal arbitral, les arbitres n'ont aucun pouvoir et ne peuvent donc ordonner des mesures provisoires. Bien que logique, cette réalité engendre des conséquences pratiques critiquables. En effet, comme précédemment évoqué, les parties demandent généralement des mesures provisoires au tout début de leur litige pour éviter que la partie adverse ne dispose du bien litigieux ou des preuves, ou encore n'altère le statu quo.

C'est l'une des raisons pour lesquelles, la majorité des législations nationales et des règlements institutionnels

prévoient la compétence concurrente des juridictions étatiques pour accorder des mesures provisoires.

De même, les institutions arbitrales ont également développé des mécanismes alternatifs extra-juridictionnels permettant l'octroi de mesures provisoires d'urgence au tout début de la procédure. En 1990, la CCI a adopté le Règlement de référé pré-arbitral selon lequel un « tiers statuant en référé » peut être nommé avant la constitution du tribunal arbitral pour ordonner des mesures provisoires. En pratique, ce mécanisme a rarement été utilisé.

Depuis lors,⁷⁷ la plupart des institutions arbitrales ont adopté des règles prévoyant la nomination, en cas d'urgence, d'un « arbitre d'urgence » pour traiter des demandes de mesures provisoires avant que le tribunal arbitral ne soit constitué. Ces dispositions sont, en principe, applicables et ne nécessitent pas un accord distinct des parties, sauf à ce que ces dernières aient spécifiquement exclu leur application.

La LCIA a adopté une approche différente pour faire face à ce problème, en prévoyant la constitution accélérée du tribunal arbitral lui permettant de se prononcer sur les mesures provisoires en quelques jours ou semaines.

A l'inverse, dans les procédures d'arbitrage ad hoc, les parties n'auront pas d'autre choix que de se retourner vers les juridictions étatiques pour se voir accordé des mesures provisoires avant la constitution du tribunal arbitral.

Les mesures provisoires après la constitution du tribunal arbitral

Certains règlements institutionnels restreignent la possibilité pour les parties d'avoir recours aux juridictions étatiques afin d'obtenir des mesures provisoires après la constitution du tribunal arbitral.

L'article 28 du Règlement CCI précise qu'après la remise du dossier au tribunal arbitral, les parties ne devraient avoir recours aux juridictions étatiques pour l'octroi de mesures provisoires que « si les circonstances s'y prêtent ».

De même, l'art.25.3 du Règlement LCIA précise qu'après la constitution du tribunal, les parties ne peuvent avoir recours à une juridiction étatique « qu'en cas de circonstances exceptionnelles et avec l'autorisation du tribunal arbitral jusqu'à que la sentence finale soit rendue ». L'article 25.4 interdit expressément aux parties à un arbitrage sous l'égide de la LCIA d'avoir recours à toute juridiction étatique ou autorité pour réclamer des ordonnances de cautionnement des frais de procédure ou d'arbitrage.

La doctrine préconise que :

« le principal moyen d'obtenir des mesures provisoires soit par le biais du tribunal [arbitral] et de restreindre la

given concurrent jurisdiction to grant provisional measures.

Similarly, arbitral institutions have also developed alternative non-judicial mechanisms for providing emergency provisional relief at the outset of the proceedings. In 1990, the ICC adopted the Pre-Arbitral Referee Procedure Rules under which a "referee" could be appointed, before the constitution of the arbitral tribunal, to issue provisional measures. This mechanism was seldom used in practice.

Since then, most arbitral institutions have adopted rules providing for the appointment, in case of urgency, of an emergency arbitrator to answer requests for provisional measures before the constitution of the arbitral tribunal. These provisions are in principle applicable and do not require a separate agreement of the parties, unless the parties specifically opt out.

The LCIA has adopted a different approach to tackle the problem, thereby providing for the expedited constitution of the arbitral tribunal, enabling it to rule on provisional measures within a matter of days or weeks.

In ad hoc arbitration, the parties have no choice but to request provisional measures to the national courts before the constitution of the arbitral tribunal.

Provisional measures after the arbitral tribunal's constitution

Some institutional rules restrict the parties to resort to national courts to obtain provisional relief, after the arbitral tribunal has been constituted.

Article 28 of the ICC Rules specifies that once the file has been transmitted to the arbitral tribunal, the parties should only apply to national courts for the granting of provisional measures "in appropriate circumstances".

Similarly, art.25.3 of the LCIA rules specify that after the formation of the tribunal, parties can only apply to a state court "in exceptional cases and with the arbitral tribunal's authorisation, until the final award". Article 25.4 also expressly prohibits parties that have agreed to arbitration under the LCIA Arbitration Agreement to apply to any state court or other legal authority for any order for security for legal costs or arbitration costs.

Authors advocates in favour of:

making interim measures ordered by the [arbitral] tribunal the primary means of interim and

to restrict the jurisdiction of [national] courts to cases for some reason effective protection cannot be granted by the tribunal. To give state courts an unlimited power to grant interim relief may frustrate the parties agreement to have disputes determined by arbitration.”

compétence des juridictions [étatiques] dans les seuls cas où, pour des raisons diverses, le tribunal arbitral ne pourrait pas accorder une protection efficace. Donner une compétence illimitée aux juridictions nationales pour octroyer des mesures provisoires peut entraver l'accord des parties de soumettre leurs litiges à l'arbitrage. »⁷⁸

Notes

1. Les termes « mesures provisoires », « protectives » ou « conservatoires » ont été utilisés de manière interchangeable par la doctrine et la jurisprudence arbitrale. Fouchard, Gaillard et Goldman (dans *Traité de l'Arbitrage Commercial International*, 4^{ème} Partie : Chapitre III — Mesures Provisoires et Conservatoires au Cours de la Procédure Arbitrale) suggèrent que provisoire se réfère à la nature de la décision, tandis que protective et conservatoire se réfère à son but. Pour plus de clarté, le terme « mesures provisoires » sera utilisé tout au long de cet article.

2. *Van Uden Maritime BV, trading as Van Uden Africa Line c/. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line* (C-391/95) para.37.

3. Sentence provisoire dans l'affaire CCI No. 8786.

4. Sentence provisoire dans l'affaire ICC No.12361 : le tribunal arbitral releva que malgré l'augmentation du nombre de procédures arbitrales dans lesquelles des mesures provisoires sont ordonnées, il convient de relativiser ce nombre, relativement limité par rapport au nombre de sentences CCI plus généralement.

5. Sentence provisoire dans l'affaire CCI No.16250 (non publiée) ; Sentence provisoire dans l'affaire CCI No.10021 ; Kröll, Lew, Mistelis, *Comparative International Commercial Arbitration*, Chapter 23 Interim and conservatory measures, p.585.

6. Kröll, Lew, Mistelis, *Comparative International Commercial Arbitration*, Chapter 23 Interim and conservatory measures, p.585.

7. Sentence partielle dans l'affaire CCI No.10681.

8. Par exemple, sentence partielle dans l'affaire CCI No.8113 et sentence provisoire dans l'affaire CCI No.7544.

9. Fouchard, Gaillard, Goldman, *International Commercial Arbitration*, Part 4 : Chapter III — Provisional and Conservatory Measures in the Course of the Arbitration Proceedings, p.718.

10. Article 28 du Règlement CCI.

11. Article 25 du Règlement LCIA.

12. Article 17 du Règlement CIETAC.

13. Article 37 du Règlement SCC.

14. Article 24 du Règlement AAA.

15. Article 26 du Règlement SCAI.

16. Kröll, Lew, Mistelis, *Comparative International Commercial Arbitration*, Chapter 23 Interim and conservatory measures, p.587.

17. Sentence provisoire dans l'affaire CCI No.8879 ; Sentence provisoire dans l'affaire CCI No.12361.

18. Affaire CCI No.10021.

19. Born, *International Commercial Arbitration*, Chapter 17 : Provisional Relief in International Arbitration, pp.2430–2531.

20. Sentence provisoire dans l'affaire CCI No.8879 ; Sentence finale dans l'affaire CCI No.7895 ; Born, *International commercial arbitration*, Chapter 17 : Provisional Relief in International Arbitration, pp.2430–2431.

21. Sentence finale dans l'affaire CCI No.14287.

22. Sentence finale dans l'affaire CCI No.10062, para.13.3 : « Any award made by an arbitral tribunal, be it final or interim, may only address the parties of the arbitration agreement and any award involving third persons is a domain strictly reserved to state courts and may, consequently, not be awarded by this arbitral tribunal. This seems to be all the more essential for provisional measures which are ordered upon prima facie evidence ». Voir également Sentence finale dans l'affaire CCI No.14287 ; Born, *International commercial arbitration*, Chapter 17 : Provisional Relief in International Arbitration, p.2444.

23. Sentence partielle dans l'affaire CCI No.8113 dans laquelle le tribunal arbitral refusa d'octroyer la mesure conservatoire sollicitée et releva que sa compétence « cannot extend to the prevention of a possible misuse by a party of a document which remains outside the scope of the arbitration ».

24. Sentence provisoire dans l'affaire CCI No.10021 et voir section [●] ci-après.

25. Les arbitres étaient réticents à ordonner des mesures provisoires pour divers raisons, notamment en raison de leur absence de pouvoir coercitif. Par ailleurs, et comme souligné par MM. Kröll, Lew, Mistelis « Historically, national courts were assertive of their jurisdiction over disputing parties before reaching a conclusion on the merits; this was considered an exclusive sovereign power. More significantly were the practical problems

of one party only (ex parte) applications, the time inevitably taken to bring the tribunal together, and the need for enforcement powers on the part of the forum making order » (dans *Comparative International Commercial Arbitration*, Chapter 23 Interim and conservatory measures, pp.587–588).

26. Article 24 du Règlement AAA.

27. Article 28 du Règlement CCI, Article 25(1) (a) du Règlement LCIA, Article 37 du Règlement SCC. L'article 23 du Règlement CIETAC et l'article 26 du Règlement SCAL visent quant à eux des mesures « nécessaires ou appropriées ».

28. Sentence provisoire dans l'affaire CCI No.12361 : « the tribunal concurs ... that the standards elaborated by other ICC arbitral tribunals are in no way binding upon it. Nevertheless, the tribunal considers that the available decisions of other ICC tribunals, to which both parties have referred, set forth prudent standards that comport with this tribunal's conception of the purpose of interim relief in international arbitration » ; Ali Yesilirmak, Chapter 5/ Arbitral Provisional Measures in Provisional Measures in International Commercial Arbitration, p.161.

29. Born, International commercial arbitration, Chapter 17 : Provisional Relief in International Arbitration, p.2467 ; Sentence provisoire dans l'affaire CCI No.12361 ; Sentence partielle dans l'affaire CCI No.12040 (non publiée).

30. Born, International commercial arbitration, Chapter 17 : Provisional Relief in International Arbitration, pp.2467.

31. Le critère de « préjudice irréparable » fût utilisé dans les affaires CCI No.8894, 12553 et 13194. Les tribunaux arbitraux retinrent le critère de préjudice « irréparable ou substantiel » dans les affaires CCI No.11740 et 12361 et « substantiel » dans l'affaire CCI No.8786.

32. Born, International commercial arbitration, Chapter 17 : Provisional Relief in International Arbitration, pp.2468–2470.

33. Born, International commercial arbitration, Chapter 17 : Provisional Relief in International Arbitration, p.2470.

34. Sentence provisoire dans l'affaire CCI No.12361.

35. Sentence provisoire dans l'affaire CCI No.16250 (non publiée).

36. Par exemple, Sentence partielle dans l'affaire CCI No.12553 ; Sentence provisoire dans l'affaire CCI No.13194 ; Sentence provisoire dans l'affaire CCI No.8307 ; Sentence provisoire dans l'affaire CCI No.8113 ; Sentence provisoire dans l'affaire CCI No.8786 ; Sentence partielle dans l'affaire CCI No.11740 ; Sentence partielle dans l'affaire CCI No.12361.

37. Born, International commercial arbitration, Chapter 17 : Provisional Relief in International Arbitration, p.2485.

38. Sentence partielle dans l'affaire CCI No.8113.

39. Sentence finale dans l'affaire CCI No.14287.

40. Sentence provisoire dans l'affaire CCI No.10648.

41. Sentence provisoire dans l'affaire CCI No. 8307, Sentence provisoire dans l'affaire CCI No. 12196 ; Sentence finale dans l'affaire CCI No. 14287, Sentence dans l'affaire CCI No. 11225, non publiée mais citée par M. Blessing, *Introduction to Arbitration — Swiss and International Perspective* (1999), para. 857 ; Ordonnance de procédure dans l'affaire CCI No. 16250 (non publiée).

42. Sentence provisoire dans l'affaire CCI No. 10973 et sentence provisoire dans l'affaire CCI No. 12196.

43. Sentence intérimaire dans l'affaire CCI No. 10596.

44. Sentence provisoire dans l'affaire CCI No. 8894 ; Born, International Commercial Arbitration, Chapter 17: Provisional Relief in International Arbitration, p. 2478. A l'inverse, ce critère fut appliqué dans l'affaire CCI No. 10973.

45. Kröll, Lew, Mistelis, *Comparative International Commercial Arbitration*, Chapter 23 Interim and conservatory measures, pp.594–595.

46. Sentence partielle dans l'affaire CCI No.3896 ; Sentence provisoire dans l'affaire CCI No.8307.

47. Sentence provisoire dans l'affaire CCI No.6709 ; Sentence provisoire dans l'affaire CCI No.8307.

48. Sentence partielle dans l'affaire CCI No.10681.

49. Born, International commercial arbitration, Chapter 17 : Provisional Relief in International Arbitration, p.2485 ; Document 41. Extract from A Procedural Order in ICC Arbitration No.21 (1989), 12 ASA Bull. 142, 144 (1994).

50. Born, International commercial arbitration, Chapter 17 : Provisional Relief in International Arbitration, p.2487.

51. Sentence partielle dans l'affaire CCI No.12361.

52. Schwartz, *The Practices and Experiences of the ICC Court in ICC, Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration*, p.29.

53. Sentence dans l'affaire CCI No.10596.

54. Born, International commercial arbitration, Chapter 17 : Provisional Relief in International Arbitration, pp.2490–2491.

55. Sentence provisoire dans l'affaire CCI No.8307.

56. Born, International commercial arbitration, Chapter 17 : Provisional Relief in International Arbitration, p.2491.

57. Sentence provisoire dans l'affaire CCI No.8307.

58. Sentence provisoire dans l'affaire CCI No.12361.

59. Sentence finale dans l'affaire CCI No.14287.

60. Sentence provisoire dans l'affaire CCI No.8113.

61. Sentence provisoire dans l'affaire CCI No.8670.


62. Sentence provisoire dans l'affaire CCI No.16250 (non publiée).

63. Sentence provisoire dans l'affaire CCI No.8786.
64. Born, International Commercial Arbitration, Chapter 17 : Provisional Relief in International Arbitration, p.2495.
65. Kröll, Lew, Mistelis, Comparative International Commercial Arbitration, Chapter 23 Interim and conservatory measures, p.601.
66. Sentence provisoire dans l'affaire CCI No.7544.
67. Bien que conformément au règlement CIRDI, le tribunal arbitral puisse uniquement recommander des mesures provisoires, en pratique de telles recommandations ont le même effet que des ordonnances.
68. Sentence finale dans l'affaire CCI No.14287 ; Sentence provisoire dans l'affaire CCI No.8879.
69. Sentence provisoire dans l'affaire CCI No.10021.
70. Born, International commercial arbitration, Chapter 17 : Provisional Relief in International Arbitration, pp.2445–2447.
71. Born, International commercial arbitration, Chapter 17 : Provisional Relief in International Arbitration, p.2447.
72. Born, International commercial arbitration, Chapter 17 : Provisional Relief in International Arbitration, p.2447.
73. Par Queen Mary University of London and White & Case, 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration, p.28.
74. Born, International Commercial Arbitration, Chapter 17 : Provisional Relief in International Arbitration, p.252.
75. Sentence provisoire dans l'affaire CCI No.14144 ; Fouchard, Gaillard, Goldman, International Commercial Arbitration, Part 4 : Chapter III — Provisional and Conservatory Measures in the Course of the Arbitration Proceedings, p.715.
76. Sentence finale dans l'affaire CCI No.7589 ; Sentence provisoire dans l'affaire CCI No.10021.
77. Il convient de distinguer l'un de l'autre : seules les matières urgentes peuvent être soumis à un « arbitre d'urgence » tandis qu'un tiers statuant en référé a une compétence d'ordonner un champ plus large de mesures provisoires.
78. Kröll, Lew, Mistelis, Comparative International Commercial Arbitration, Chapter 23 Interim and conservatory measures, p.622.

RECOGNITION AND ENJOYMENT OF RIGHTS BY FOREIGN TRADING COMPANIES IN FRENCH AND EUROPEAN LAW

LA RECONNAISSANCE ET LA JOUISSANCE DES DROITS DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES ÉTRANGÈRES EN DROIT FRANÇAIS ET EN DROIT EUROPÉEN

Dr Rabai BOUDERHEM*

 EU law; Foreign companies; France; Freedom of establishment; Recognition

Before proceeding to the legal connection of a trading company in order to determine the applicable law and its legal regime, the judge must first make sure that the company is recognised in France. The question is to determine if French law recognises the existence of its legal personality: in other words, if it recognises that the company is validly incorporated in a Member State of the EU or in a third State. In the absence of recognition, the foreign company cannot carry out any legal act and cannot establish itself in France. What is the scope of the rights of a foreign company to operate in France? How to determine all the rights that a foreign company can claim in France? The prerequisite to this question is the recognition of foreign companies' legal personality.¹ Faced with the development of international trade and the construction of an integrated European area, it was inevitable for States to adopt legal instruments, such as treaties or mutual recognition agreements for the trading companies of the contracting parties, in order to provide a legal framework for this recognition and to prevent the economic activity of their companies from being impeded at the international level.

As a first step, we will focus on the study of the recognition of foreign trading companies by French law and by European law which has been the instigator of major upheavals in the

Avant de procéder au rattachement juridique d'une société commerciale de manière à déterminer la loi applicable et son régime juridique, le juge doit s'assurer dans un premier temps que la société est reconnue en France. Autrement dit, il s'agit de savoir si le droit français admet l'existence de sa personnalité morale, c'est-à-dire s'il reconnaît que la société est valablement constituée dans un autre Etat, qu'il s'agisse d'un Etat membre de l'Union européenne ou d'un Etat tiers. A défaut de reconnaissance, la société étrangère ne peut effectuer aucun acte juridique et ne peut s'établir en France. Quelle est l'étendue des droits d'une société étrangère amenée à exercer son activité en France ? Comment déterminer l'ensemble des droits qu'une société étrangère peut revendiquer en France ? Le préalable à ces questions est la reconnaissance de la personnalité juridique de ladite société. Face au développement du commerce international et à la construction d'un espace intégré européen, il était inévitable que les Etats se dotent d'instruments juridiques, comme des traités ou des accords de reconnaissance mutuelle des sociétés commerciales des parties contractantes, pour justement encadrer juridiquement cette reconnaissance et empêcher que l'activité économique de leurs sociétés ne soit entravée sur le plan international.

Dans un premier temps, nous nous intéresserons à l'étude de la reconnaissance des sociétés commerciales étrangères par le droit français et par le droit de l'UE qui a été l'instigateur de grands

* Head of Legal Department, Invest Bridge Resources Holding Ltd (London, UK), Research Associate CREDIMI UMR CNRS 6295, University of Burgundy Franche-Comté (Dijon, France). Contact: bouderhemr@yahoo.fr.

bouleversements dans les solutions traditionnellement admises par les Etats membres de l'Union. Dans un second temps, nous étudierons la problématique de la capacité juridique des sociétés commerciales étrangères, c'est-à-dire de la détermination de l'étendue de leurs droits.

L'EXISTENCE ET LA RECONNAISSANCE DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES ÉTRANGÈRES PAR LE DROIT FRANÇAIS

Pendant longtemps, cette matière a été régie par une vieille loi du 30 mai 1857 sur la reconnaissance des sociétés étrangères, abrogée par la loi du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit. Traditionnellement, le droit français faisait une distinction entre sociétés de personnes et sociétés de capitaux, les premières étaient reconnues de plein droit tandis que les secondes étaient soumises à un régime plus strict et à un examen au cas par cas.

Nous tenterons tout d'abord de définir la notion de reconnaissance des sociétés étrangères, puis nous verrons quelle est la position du droit français à l'égard des sociétés étrangères. Enfin, nous étudierons l'impact du droit de l'UE sur la reconnaissance des sociétés ressortissantes d'un Etat membre.

La définition de la reconnaissance des sociétés étrangères

La société étrangère doit-elle être soumise aux restrictions qui visent les étrangers ? L. Lévy définit la reconnaissance comme « l'admission sur le territoire national de l'existence et des effets d'une personne juridique (physique ou morale) étrangère ». Une telle définition met l'accent sur les deux aspects de la reconnaissance mais elle montre également qu'elle est le préalable à la détermination des droits dont une société étrangère reconnue peut revendiquer l'exercice.

La mise en œuvre d'une règle de conflit de lois permet de rattacher une société à un ordre juridique, donc de désigner le droit matériel qui va régir le statut de la société. Mais, dans le même temps, lorsque la société a la personnalité morale ou qu'elle la revendique, il faut nécessairement s'interroger sur sa reconnaissance. La chronologie entre les deux mécanismes, à savoir détermination de la loi applicable et reconnaissance de la société étrangère, n'est pas parfaitement claire pour la doctrine : « rationnellement, avant de désigner la loi applicable à un organisme étranger qui se prévaut d'une existence juridique propre, il faut décider si cette existence est ou non admise, autrement dit, si on la reconnaît ou non en termes concrets ». P. Mayer a délimité plus strictement le domaine de la reconnaissance en le cantonnant à l'admission des effets d'une personne juridique étrangère sur le territoire d'un Etat et en définissant la notion comme « l'autorisation d'exercer une activité ». Quant à la question de l'existence d'une société étrangère, il ne s'agirait pas d'un problème de reconnaissance mais de « compétence internationale des autorités ». Dans cette hypothèse, la reconnaissance dépend de la nationalité de la société lorsqu'il s'agit d'une société anonyme, « puisqu'une société peut satisfaire aux exigences du droit applicable, mais ne pas être reconnue en France faute d'un décret collectif ou d'un traité ». Ainsi, la reconnaissance revêt un caractère politique, dans le sens de la pensée de Niboyet, puisque l'existence ou non d'un texte permet

solutions traditionnellement acceptées par tous les Etats membres de l'UE. Dans un second temps, nous étudierons le problème de la capacité juridique des sociétés commerciales étrangères, c'est-à-dire de la détermination de l'étendue de leurs droits.

THE EXISTENCE AND RECOGNITION OF FOREIGN TRADING COMPANIES BY FRENCH LAW

For a long time, this matter was governed by an old law of 30 May 1857² on the recognition of foreign companies, repealed by the law of 20 December 2007³ on the simplification of the law. Traditionally, French law made a distinction between partnerships and corporations, the former were recognised as of right while the latter were subject to a stricter regime and an examination on a case-by-case basis.

We will first try to define the notion of recognition of foreign companies, then we will see what is the position of French law with respect to foreign companies. Finally, we will study the impact of European law on the recognition of companies that are nationals of a Member State.

The definition of recognition of foreign companies

Should the foreign company be subject to restrictions on foreigners? L. Lévy defines recognition as "the admission into the national territory of the existence and effects of a foreign legal person (natural or moral)".⁴ Such a definition emphasises both aspects of recognition, but it also shows that it is the prerequisite for determining the rights that a recognised foreign company can claim to exercise.

The implementation of a rule of conflict of laws makes it possible to link a company to a legal order, and therefore to designate the substantive law that will govern the status of the company. But at the same time, when the company has the legal personality or when it claims it, it is necessary to wonder about its recognition.⁵ The chronology between the two mechanisms, namely the determination of the applicable law and the recognition of the foreign company, is not perfectly clear for the doctrine: "rationally, before designating the law applicable to a foreign entity which prevails itself of its own legal existence, it must be decided whether or not this existence is admitted, in other words, whether or not it is recognised in concrete terms".⁶ P. Mayer defined the field of recognition more strictly by confining it to the admission of the effects of a foreign legal person on the territory of a State and by defining the concept as an "authorisation to carry on an activity". As for the question of the existence of a foreign company, it would not be a question of recognition but of "international competence of the authorities".⁷ In this case, recognition depends on the nationality of the company in the case of a public limited company, "since a company may meet the requirements of the applicable law, but not be recognised in France for lack of a collective decree or a

treaty". Thus, the recognition is of a political nature, in the sense of the thought of Niboyet, since the existence or not of a text makes it possible to accept or refuse any local activity to the companies of a foreign State.

Recognition is "a problem of condition of foreigners, which arises logically ... only once noted (or assumed, if not contested) the regularity of the company in terms of conflict of laws".⁸ This point of view is the opposite of Goldman's. These different definitions would be based on the importance given to the intervention of the public authority in the constitution of the company.⁹ Therefore, if we admit that the action of the public authority creates the company, we limit the legal personality to the territory on which it was constituted, the other States can recognise the company only if it is reconstituted in the host State where she wishes to exercise an activity. On the other hand, if one considers that the public authority intervenes only to find and make the company effective against third-parties, the other States must admit the existence of the company on their territory.¹⁰

French law is moving towards the second hypothesis, that of an a priori recognition of foreign companies, since the Registrar of the Commercial Court intervenes during the registration of the company in the Trade and Companies Register to exercise control of the legality of the constitution but the verification takes place only from the documents required for the application for registration. A foreign company does not necessarily mean a company with a foreign nationality. Recognition implies being in the presence of a company constituted under a foreign law that gives it attributes corresponding to what French law qualifies as a legal personality.¹¹ Thus, the issue of recognition and conflict of laws arise in different contexts. A non-recognised foreign company is deemed, from the point of view of French law, not to constitute a subject of law. Third parties are necessarily concerned since they are likely to have business relations with the foreign company, regardless of any dispute relating to its constitution or functioning. We know that foreign companies exist in France only if their legal personality is recognised. Consequently, recognition depends on the legal personality conferred on such entities. Two doctrinal currents oppose each other: first of all, for proponents of the fiction theory, the legal personality of companies would have no value outside the territory subject to its legislative competence. A company created in Belgium would not have a legal existence in France. Proponents of the fiction theory refuse full recognition of foreign companies. To acquire legal personality, companies must be officially recognised by the French public authorities.¹² On the other hand, if one accepts the reality theory of legal persons, there would be no problem for the supporters of this doctrine. The analogy is made with natural persons who do not lose their legal personality simply by leaving their State, so it is

d'accepter ou de refuser toute activité locale aux sociétés d'un Etat étranger.

La reconnaissance constitue « un problème de condition des étrangers, qui ne se pose logiquement ... qu'une fois constatée (ou supposée, si elle n'est pas contestée) la régularité de la société au regard du conflit de lois ». Ce point de vue est à l'opposé de celui de Goldman. Ces différentes définitions reposeraient sur l'importance qui est donnée à l'intervention de l'autorité publique dans la constitution de la société. Par conséquent, si on admet que l'action de l'autorité publique crée la société, on limite la personnalité morale au territoire sur lequel elle s'est constituée, les autres Etats ne peuvent reconnaître la société que si elle se reconstitue dans le nouvel Etat où elle souhaite exercer une activité. En revanche, si on estime que l'autorité publique n'intervient que pour constater et rendre opposable aux tiers la société, celle-ci étant avant tout la volonté des fondateurs, les autres Etats doivent admettre l'existence de la société sur leur territoire.

Le droit français s'oriente vers la seconde hypothèse, celle d'une reconnaissance a priori des sociétés étrangères, puisque le greffier du tribunal de commerce intervient lors de l'immatriculation de la société au registre du commerce pour exercer un contrôle de la légalité de la constitution mais la vérification ne s'opère qu'à partir des pièces requises pour la demande d'immatriculation. Une société étrangère ne veut pas forcément dire société de nationalité étrangère. La question de la reconnaissance suppose que l'on soit en présence d'une société constituée selon une loi étrangère qui lui confère des attributs correspondant à ce que le droit français qualifie de personnalité juridique. Ainsi, la question de la reconnaissance et du conflit de lois se posent dans des contextes différents. Une société étrangère non reconnue est réputée, du point de vue du droit français, ne pas constituer un sujet de droit. Les tiers sont nécessairement concernés puisqu'ils sont susceptibles d'entretenir des relations commerciales avec la société étrangère, indépendamment de tout litige relatif à sa constitution ou son fonctionnement. Nous savons que les sociétés étrangères n'ont d'existence en France que si leur personnalité juridique est reconnue. Par conséquent, la reconnaissance dépend de la personnalité morale conférée à de tels groupements. Deux courants doctrinaux s'opposent : tout d'abord, pour les partisans de la théorie de la fiction, la personnalité juridique des sociétés n'aurait pas de valeur hors du territoire soumis à sa compétence législative. Une société créée en Belgique n'aurait pas d'existence juridique en France. Ces auteurs favorables à la fiction refusent une reconnaissance de plein droit aux sociétés étrangères. Pour acquérir la personnalité juridique, ces sociétés doivent être reconnues officiellement par l'autorité publique française. En revanche, si l'on admet la théorie de la réalité des personnes morales, il n'y aurait aucun problème pour les partisans de cette approche. L'analogie est faite avec les personnes physiques qui ne perdent pas leur personnalité juridique du seul fait de quitter leur Etat, il faut donc reconnaître de plein droit une personne morale en territoire étranger. Comme l'a très bien exposé

Niboyet, le problème de la reconnaissance est surtout une question d'opportunité politique : dans un souci de protection des intérêts français à l'étranger, la reconnaissance des sociétés étrangères est admise ou rejetée sans se soucier de la nature fictive ou réelle de la personne morale. Les théories de la fiction et de la réalité seraient aujourd'hui supplantées par la théorie qui considère la personne morale comme une simple technique juridique et qui ne semble pas s'opposer à la reconnaissance *de plano* de la personnalité juridique des sociétés étrangères. D'éminents auteurs remarquent que, quelle que soit la théorie retenue pour la reconnaissance de la personnalité morale, il n'y a pas de réponse automatique. L'idéal serait d'adopter une position intermédiaire entre fiction et réalité de la personne morale. D'une part, la théorie de la fiction ne devrait pas interdire aux personnes morales de produire des effets au-delà de leur territoire de naissance car dans les relations internationales, la reconnaissance des fictions juridiques est acceptée ; d'autre part, la théorie de la réalité n'entraîne pas automatiquement la reconnaissance qui est un problème politique autant que juridique. En pratique, deux obstacles peuvent entraver la reconnaissance d'une société étrangère. Tout d'abord, l'Etat sur le territoire duquel souhaite s'implanter la société en vue d'y exercer une activité peut refuser de la reconnaître pour des motifs d'ordre public. Cette société peut avoir un objet illicite, un but ou une activité contraire à l'ordre public ou bien ne pas respecter certaines dispositions impératives du droit de l'Etat d'implantation. Ensuite, il se peut que le pays d'accueil ne connaisse pas le type de société correspondant au groupement étranger ou alors il le reconnaît mais lui accorde une capacité juridique plus réduite.

La position du droit français à l'égard des sociétés commerciales étrangères

En matière de reconnaissance des sociétés étrangères, les solutions du droit positif français ont toujours été plus rigoureuses vis-à-vis des sociétés anonymes que des sociétés de personnes. Dans le système du siège réel, la régularité de l'immatriculation selon le droit de l'Etat de constitution n'est pas suffisante pour que la société soit valablement créée, il faut en outre que son siège réel se situe dans cet Etat. Ce système conduit à ne reconnaître une société qu'après vérification de la compétence de la loi étrangère par la localisation du siège réel sur le territoire de cet Etat. La reconnaissance supposerait une condition supplémentaire résidant dans l'implantation du siège réel dans l'Etat de constitution. En revanche, une société valablement incorporée dans un Etat retenant le système d'incorporation mais ayant son siège réel dans un autre pays, ne serait pas reconnue comme une société rattachée à son Etat de constitution ni comme une société valablement rattachée à un autre Etat.

Après avoir exposé brièvement la solution retenue s'agissant de la reconnaissance des sociétés de personnes, nous nous attarderons sur la reconnaissance des sociétés de capitaux qui a fait l'objet d'une vieille loi de 1857 ayant mis à mal la

necessary to recognise as of right a legal person in foreign territory.¹³ As explained by Niboyet,¹⁴ the problem of recognition is above all a question of political expediency: in order to protect French interests abroad, the recognition of foreign companies is admitted or rejected without regard to the fictitious or real nature of the legal person. The fiction and reality theories are now superseded by the theory that considers the legal person as a mere legal technique¹⁵ and does not seem to deny the recognition *de plano* of the legal personality of foreign companies. Eminent authors note that, whatever the theory adopted for the recognition of the legal personality, there is no automatic answer.¹⁶ The ideal would be to adopt an intermediate position between fiction and reality of the legal person.¹⁷ On the one hand, the fiction theory should not prohibit legal persons from producing effects beyond their territory of constitution, since in international relations recognition of legal fiction is accepted; on the other hand, reality does not automatically lead to recognition, which is both a political and a legal problem. In practice, two obstacles can hinder the recognition of a foreign company. First of all, the State in whose territory the company wishes to establish itself in order to carry on an activity may refuse to recognise it on grounds of public policy. This company may have an illicit purpose or an activity contrary to public order or fail to comply with certain mandatory provisions of the host State. Secondly, the host State may not know the type of company corresponding to the foreign legal entity or recognise it, but may give it a smaller legal capacity.

The position of French law with regard to foreign trading companies

As regards the recognition of foreign companies, French positive law solutions have always been more rigorous vis-à-vis public limited companies than partnerships. In the system of the real-seat, the regularity of the registration under the law of the State of incorporation is not sufficient for the company to be validly created, it is necessary that its real-seat is in that State. This system leads to the recognition of a company only after verification of the jurisdiction of the foreign law by the location of the real-seat in the territory of that State. Recognition would imply an additional condition residing in the establishment of the real-seat in the State of incorporation. On the other hand, a company validly incorporated in a State retaining the system of incorporation but having its real-seat in another State, would not be recognised as a company attached to its State of incorporation or as a company validly attached to another State.¹⁸

After briefly outlining the chosen solution regarding the recognition of partnerships, we will focus on the recognition of capital companies that was the subject of an old law of 1857 that undermined the consistency of the French system

of recognition of foreign companies before its abrogation passed almost unnoticed in 2007.

The partnerships: a recognition as of right by the jurisprudence

French positive law knew a duality of rules, the partnerships being subjected to a regime different from that of the capital companies. With regard to partnerships, jurisprudence has always been very liberal. The principle of their recognition has always been accepted.¹⁹ Batiffol and Lagarde have pointed out that the texts adopted in the matter of public limited companies and their restrictive characters confirm, on the contrary, this liberalism.²⁰ Since the 19th century, no particular formality is necessary for the recognition of partnerships. In a judgment of 7 September 1994, the Court of Appeal of Paris held that, under the law of the State of New York, each member of a partnership has the right to represent the grouping in the normal course of business, except express limitation or fact known to third parties.²¹ Under the Convention of Establishment signed on 25 November 1959 between France and the US, American partnerships have legal personality in France. The American partnership may validly sue and carry out any enforcement proceeding to obtain payment of sums due under final court decisions. Moreover, French law has never challenged the legal personality of foreign partnerships, even those of single-member companies unknown to French law.²² However, the foreign law itself gives legal personality to the company in question. If the foreign law denies legal personality to the company but grants its certain effects, such as the possibility to sue in court, the French courts must take it into account and consider that these characters meet the qualification of the legal personality in French law.

The question of the recognition of capital companies seemed to know the same liberalism on the part of the jurisprudence, but a decision of the Belgian Court of Cassation changed the situation and led the French judges to reconsider their position and to consider recognition on a case-by-case basis.

Capital companies: recognition on a case-by-case basis

The early 19th Century was marked by a jurisprudential liberalism similar to that prevailing in the field of partnerships.²³ The position of the French Courts was to recognise *ipso jure* the legal personality of public limited companies incorporated abroad. This trend was all the more surprising because art.37 of the French Commercial Code (repealed) required an administrative authorisation for the incorporation in France of a public limited company and the administration claimed to apply this rule to foreign companies operating in France. But this solution was modified following an incident in Franco-Belgian relations. The decision of the Belgian

cohérence du système français de reconnaissance des sociétés étrangères avant son abrogation passée presque inaperçue en 2007.

Les sociétés de personne : une reconnaissance de plein droit par la jurisprudence

Le droit positif français connaissait une dualité de règles, les sociétés de personnes étant soumises à un régime différent de celui des sociétés de capitaux. S'agissant des sociétés de personnes, la jurisprudence a toujours fait preuve d'un grand libéralisme. Le principe de leur reconnaissance a toujours été admis. Batiffol et Lagarde ont fait remarquer que les textes intervenus en matière de sociétés anonymes et leurs caractères restrictifs confirment, *a contrario*, ce libéralisme. Depuis le XIXème siècle, aucune formalité particulière n'est nécessaire à la reconnaissance des sociétés de personnes. Dans un arrêt du 7 septembre 1994, la Cour d'appel de Paris a considéré que selon le droit de l'Etat de New York, chaque membre d'un *partnership* a le droit de représenter le groupement en ce qui concerne la conduite normale de ses affaires, sauf limitation exprès ou de fait connue des tiers. En vertu de la Convention d'établissement signée le 25 novembre 1959 entre la France et les Etats-Unis, les *partnerships* américains disposent de la personnalité morale en France. La société américaine de type *partnership* peut valablement ester en justice et diligenter toute procédure d'exécution pour obtenir paiement des sommes dues en vertu de décisions judiciaires définitives. En outre, le droit positif français n'a jamais contesté la personnalité juridique des sociétés de personnes étrangères, même celles de sociétés unipersonnelles inconnues de la loi française. Toutefois, la loi étrangère accorde elle-même la personnalité juridique à la société considérée. Si la loi étrangère lui dénie la personnalité juridique mais lui accorde certains effets, comme la possibilité d'ester en justice, les tribunaux français doivent en tenir compte et considérer que ces caractères répondent à la qualification de la loi française de la personnalité juridique.

La question de la reconnaissance des sociétés de capitaux semblait connaître le même libéralisme de la part de la jurisprudence mais une décision de la Cour de cassation belge changea la donne et conduisit les juges français à revoir leur position et à envisager une reconnaissance au cas par cas.

Les sociétés de capitaux : une reconnaissance au cas par cas

Le début du XIXème siècle fut marqué par un libéralisme jurisprudentiel semblable à celui qui règne en matière de sociétés de personnes. La position des tribunaux français était de reconnaître de plein droit la personnalité juridique des sociétés anonymes constituées à l'étranger. Cette tendance était d'autant plus surprenante que l'art.37 du Code de commerce (texte abrogé) exigeait une autorisation administrative pour la constitution en France d'une société anonyme et l'administration prétendait appliquer cette règle aux sociétés étrangères agissant en France. Mais cette solution fut modifiée suite à un incident dans les relations franco-belges. La décision de la Cour suprême belge de revenir sur sa

position libérale, identique à celle de la jurisprudence française, entraîna l'adoption de la loi du 30 mai 1857 relative à la reconnaissance des sociétés belges et étrangères. Cette loi de 1857 régira pendant très longtemps la matière de la reconnaissance des sociétés étrangères, mais ses solutions furent remises en cause par la Cour de cassation en recourant à la Convention européenne des droits de l'homme. Suite aux nombreux assauts de la doctrine et même à la demande de la Cour de cassation dans son rapport annuel pour 2003, cette loi a été finalement abrogée en 2007.

La solution du droit français sous l'empire de la loi du 30 mai 1857 : la reconnaissance fondée sur la réciprocité

La Cour de cassation belge décida par un arrêt inattendu du 8 février 1849 qu'une société anonyme française n'avait pas la personnalité juridique en Belgique. Cette décision impressionna les milieux d'affaires qui craignaient pour leurs activités en Belgique et la possibilité d'ester en justice. Les négociateurs du traité de commerce franco-belge du 27 février 1854 tentèrent de remédier à ces difficultés juridiques, ils annexèrent au traité une déclaration constatant l'engagement du gouvernement belge de présenter au parlement un projet de loi remédiant à ce problème, sous réserve de réciprocité de la part de la France. Le 14 mars 1855, une loi belge concrétisa cette déclaration. Elle fut suivie d'effet en France deux ans plus tard par l'adoption de la loi du 30 mai 1857 qui a soulevé toute une série de difficultés relatives à son interprétation et à son domaine d'application. Cette loi devait-elle s'appliquer aux seules sociétés belges ou à l'ensemble des sociétés étrangères ?

La loi du 30 mai 1857 reconnaît, dans son art.1er, aux sociétés anonymes belges la personnalité juridique en France sous la forme de la faculté « d'exercer tous leurs droits et d'ester en justice ». L'article 2 ajoute qu'un « décret impérial rendu en Conseil d'Etat peut appliquer à tous autres pays le bénéfice de l'article 1er ». Au regard des dispositions de la loi de 1857, les sociétés anonymes étrangères n'ont plus de plein droit la personnalité morale en France : un décret pris en Conseil d'Etat doit l'accorder à l'ensemble des sociétés de même nationalité. Par conséquent, ce système original mis en place par cette loi supposerait l'examen par chaque décret de la législation étrangère concernée pour savoir si elle offre des garanties équivalentes aux sociétés françaises. En pratique, un grand nombre de décrets ont été pris. Certains pays qui n'en bénéficiaient pas ont pu invoquer la clause de la nation la plus favorisée pour que leurs sociétés se voient reconnaître la personnalité juridique. L'article 2 de la loi de 1857 soucieux d'éviter que la mésaventure née du changement de position de la Cour de cassation belge ne se reproduise à l'égard des sociétés anonymes des autres Etats a suscité plus de problèmes qu'il ne régla la matière pour l'avenir. Il fallait adopter un décret d'application pour chaque Etat étranger en vue de reconnaître ses sociétés. Cependant, les sociétés de certains Etats sont restées en dehors du dispositif et du bénéfice de telles dispositions. Cela est d'autant plus gênant pour le commerce international qu'une société étrangère valablement constituée et reconnue par sa loi

Court of Cassation to reconsider its liberal position, identical to that of the French jurisprudence, led to the adoption of the law of 30 May 1857 on the recognition of Belgian and foreign companies. This law of 1857 governed for a long time the matter of recognition of foreign companies, but its solutions were challenged by the Court of Cassation by resorting to the European Convention on Human Rights. Following the numerous assaults of the doctrine and even at the request of the Court of Cassation in its annual report for 2003, this law was finally repealed in 2007.

The solution of French law under the law of 30 May 1857: recognition based on reciprocity

The Belgian Court of Cassation decided by an unexpected judgment of 8 February 1849 that a French public limited company did not have legal personality in Belgium.²⁴ This decision impressed the business community, which feared for its activities in Belgium and the possibility of taking legal action. The negotiators of the Franco-Belgian Trade Treaty of 27 February 1854 attempted to remedy these legal difficulties, they annexed to the Treaty a declaration stating the commitment of the Belgian Government to submit to parliament a bill remedying this problem, subject to reciprocity on the part of France. On 14 March 1855, a Belgian law concretised this declaration. It was followed by effect in France two years later by the adoption of the law of 30 May 1857 which raised a series of difficulties relating to its interpretation and its field of application. Should this law apply only to Belgian companies or to all foreign companies?

The law of 30 May 1857 recognised, in its art.1, to the Belgian public limited companies the legal personality in France with the faculty "to exercise all their rights and to go to Court". The art.2 added that an "Imperial Decree issued by the Council of State may apply to all other countries the benefit of Article 1".²⁵ With regard to the provisions of the French law of 1857, foreign public limited companies no longer had full legal personality in France: a decree issued by the Council of State had to grant it to all companies of the same nationality.²⁶ Therefore, this original system set up by this law would require the examination by each decree of the foreign legislation concerned to know if it offers equivalent guarantees to French companies. In practice, a large number of decrees have been issued.²⁷ Some States which did not benefit from it were able to invoke the most-favoured-nation clause in order for their companies to have legal personality. Article 2 of the law of 1857, anxious to prevent the mishap arising from the change of position of the Belgian Court of Cassation from reoccurring in respect of public limited companies of other States, gave rise to more problems than it resolved this question for the future. It was necessary to adopt an implementing decree for each foreign state in order to recognise its companies. However, the

companies of certain States have remained outside the scheme and the benefit of such provisions.²⁸ This is all the more troublesome for international trade as a foreign company validly incorporated and recognised by its national law cannot carry on activities in France. Moreover, Batiffol and Lagarde pointed out that the sharp increase in the number of States since the middle of the 20th Century and the vast movement of decolonisation has led to the obsolescence of the system of recognition of foreign public limited companies State by State.²⁹

Another difficulty resulting from the adoption of the law of 30 May 1857 concerned the question of its scope. The dispute at the origin of the non-recognition of a French public limited company by the Belgian Court of Cassation is due to the fact that the Belgian Commercial Code, like the French Commercial Code, imposed an authorisation from the Government to validly create a public limited company. According to art.37 of the Commercial Code of 1807, French public limited companies were subject to strict control and could “exist only with the authorisation of the Government, and with its approval for the act that constituted it”. However, the jurisprudence thought that this text did not preclude the possibility for foreign companies to carry on business in France, without having to obtain an authorisation imposed only on French companies. “French law thus assumed this kind of paradox based on a more liberal regime with regard to foreign companies than French companies ... until a Franco-Belgian incident ...”.³⁰ The Belgian Court of Cassation interpreted the same provision in the opposite direction, which resulted in discrimination against French companies which could not freely carry on their activities in Belgium whereas Belgian companies could do so in France. A doubt has arisen concerning the applicability of the law of 1857 to limited liability companies (LLCs).³¹ However, the law of 1857 is of restrictive interpretation, it only concerns capital companies. In addition, LLCs are much closer to partnerships because of the familial character and *intuitu personae* that predominate in such groups. This position was adopted by the jurisprudence in a judgment of the Court of Appeal of Rennes of 8 July 1981.³² The Court of Appeal noted that the law of 30 May 1857 only applied to capital companies and should not be extended to LLCs.

Interpretation of the disputed provisions of the law of 30 May 1857

Article 1 of the law of 1857 explicitly refers to Belgian companies that are recognised in France whereas foreign companies must in turn benefit from explicit recognition by the French Government. Implicitly, the law of 1857 concerns the criteria for determining the nationality of companies. It is a matter of looking for the law applicable to the company to determine its legal status. Article 2 of the law of 1857 applies

nationale ne peut pas exercer d'activité en France. Par ailleurs, Batiffol et Lagarde faisaient remarquer que la forte augmentation du nombre d'Etats depuis le milieu du XXème siècle et le vaste mouvement de décolonisation a conduit à rendre encore plus caduc et dépassé le système de reconnaissance des sociétés anonymes étrangères Etat par Etat.

Une autre difficulté résultant de l'adoption de la loi du 30 mai 1857 a porté sur la question de son champ d'application. Le litige à l'origine de la non-reconnaissance d'une société anonyme française par la Cour de cassation belge est dû au fait que le Code de commerce belge, tout comme le Code de commerce français, imposait une autorisation du gouvernement pour créer valablement une société anonyme. Selon l'art.37 du Code de commerce de 1807, les sociétés anonymes françaises étaient soumises à un strict contrôle et ne pouvaient « exister qu'avec l'autorisation du gouvernement, et avec son approbation pour l'acte qui l'a constitué ». Toutefois, la jurisprudence pensait que ce texte ne faisait pas obstacle à la possibilité pour les sociétés étrangères d'exercer une activité en France, sans avoir besoin d'obtenir une autorisation qui était imposée aux seules sociétés françaises. « Le droit français assumait donc cette espèce de paradoxe reposant sur un régime plus libéral à l'égard des sociétés étrangères que des sociétés françaises ... jusqu'à un incident franco-belge ... ». La Cour de cassation belge interpréta la même disposition dans un sens contraire, ce qui aboutissait à une discrimination des sociétés françaises qui ne pouvaient pas exercer librement leurs activités en Belgique alors que les sociétés belges le pouvaient en France. Un doute est apparu concernant l'applicabilité de la loi de 1857 aux sociétés à responsabilité limitée (SARL). Toutefois, la loi de 1857 est d'interprétation restrictive, elle ne concerne que les sociétés de capitaux. De plus, les SARL se rapprochent nettement plus des sociétés de personnes en raison du caractère familial et de l'*intuitu personae* qui prédominent au sein de tels groupements. Cette position a été retenue par la jurisprudence dans un arrêt de la Cour d'appel de Rennes du 8 juillet 1981. La Cour d'appel constate que la loi du 30 mai 1857 ne s'applique qu'aux sociétés de capitaux et ne doit pas être étendue aux SARL.

Interprétation des dispositions litigieuses de la loi du 30 mai 1857

L'article 1 de la loi de 1857 vise explicitement les sociétés belges qui sont reconnues en France alors que les sociétés étrangères doivent bénéficier à leur tour d'une reconnaissance explicite par le gouvernement français. De manière implicite, la loi de 1857 concernait les critères de détermination de la nationalité des sociétés. Il s'agit en effet de rechercher la loi applicable à la société pour déterminer son statut juridique. L'article 2 de la loi de 1857 vise les sociétés

étrangères autres que belges. La reconnaissance d'une société étrangère ne doit pas être confondue avec le droit d'établissement. Le droit d'établissement est la possibilité laissée à une société étrangère « de se fixer à demeure à titre principal ou secondaire, dans un pays autre que le sien, pour y exercer son activité ». La reconnaissance conditionne donc le droit d'établissement. Après avoir reconnu de plein droit *per legem* les sociétés anonymes belges présentes et futures, l'art.2 met en place le principe de réciprocité de la reconnaissance des sociétés étrangères. Le dispositif de réciprocité mis en place par la loi de 1857 a pour but de séparer les sociétés étrangères selon qu'elles sont reconnues ou non par le droit international privé français. L'article 2 témoigne en réalité d'une volonté manifeste du gouvernement de contrôler si les législations étrangères offrent des garanties suffisantes aux sociétés françaises en raison du principe de réciprocité. Ce contrôle se justifiait en raison du caractère très rudimentaire que pouvait revêtir dans certains Etats le droit des sociétés de capitaux, en ne prévoyant pas, par exemple, des garanties suffisantes pour les associés en cas de litige. Mais aujourd'hui ce contrôle semble dépassé et le droit des sociétés, dans la plupart des Etats, offre certaines garanties. Selon Batiffol, cette position n'était plus du tout réaliste. On peut aussi faire remarquer que l'Etat français ne court pas beaucoup de risques à reconnaître *de plano* la personnalité juridique des sociétés anonymes étrangères. En outre, il est tout à fait possible pour l'Etat de restreindre ou même d'interdire l'activité des sociétés étrangères sur son sol en ayant recours au critère du contrôle pour réserver l'exercice de certains droits aux seules sociétés françaises. Consciente que le système introduit par la loi du 30 mai 1857 était dépassé et particulièrement contraignant pour des sociétés étrangères valablement créées dans leur Etat d'origine, la jurisprudence limita et restreignit le champ d'action de cette loi.

Le contournement de la loi de 1857 par la jurisprudence française

Les sociétés, dont les Etats n'ont pas bénéficié de décrets collectifs ou qui n'ont pas signé de conventions avec la France, n'avaient pas la personnalité juridique. Elles ne pouvaient ester en justice pour demander réparation d'un dommage subi. Mais la jurisprudence a dû leur reconnaître une capacité juridique passive pour permettre aux plaignants de nationalité française d'obtenir la condamnation de la société étrangère. Cette loi très contraignante pour l'activité en France d'une société étrangère non reconnue a conduit la jurisprudence à réformer le droit français de la reconnaissance des sociétés étrangères. Une société étrangère pouvait être condamnée à indemniser un plaignant français mais ne pouvait pas, à son tour, obtenir réparation d'un préjudice subi comme la non-exécution d'un contrat ou la défaillance d'un débiteur français. Une analyse doctrinale a ajouté une seconde condition à la reconnaissance des sociétés étrangères tenant à la présence du siège réel de la société concernée sur le territoire de l'Etat dont la loi a été observée lors de la constitution. C'est tout simplement une transposition, dans le domaine de la reconnaissance, du critère du siège réel pris comme élément de rattachement, selon l'analyse traditionnelle en matière de conflits de lois.

to foreign companies other than Belgian. The recognition of a foreign company should not be confused with the right of establishment. The right of establishment is the possibility left to a foreign company "to choose between a principal or a secondary establishment, in a State other than its own, to exercise its activity".³³ So recognition determines the right of establishment. After having automatically recognised the current and future Belgian public limited companies, art.2 establishes the principle of reciprocity of recognition of foreign companies.³⁴ The reciprocity mechanism set up by the law of 1857 aims to separate foreign companies according to whether they are recognised or not by private international law. Article 2 in fact demonstrates the Government's clear desire to check whether foreign legislations offer sufficient guarantees to French companies because of the principle of reciprocity.³⁵ This control was justified by the very rudimentary nature of capital companies' law in certain States, for example by not providing sufficient guarantees for the partners in the event of litigation. But today this control seems outdated and company law, in most States, offers certain guarantees. According to Batiffol, this position was no longer realistic.³⁶ It may also be pointed out that the French State does not run a great deal of risk in recognising *de plano* the legal personality of foreign public limited companies. In addition, it is entirely possible for the French State to restrict or even prohibit the activity of foreign companies on its soil by using the control criterion to reserve the exercise of certain rights to French companies only. Conscicous that the system introduced by the law of 30 May 1857 was outdated and particularly binding for foreign companies validly created in their State of origin, case law limited and restricted the scope of this law.

Circumvention of the law of 1857 by French jurisprudence

Companies, whose States did not benefit from collective decrees or who did not sign agreements with France, did not have legal personality. Those companies could not exercise the right to seek compensation for the harm suffered.³⁷ But the judges must have given them a passive legal capacity to allow plaintiffs of French nationality to obtain the conviction of the foreign company.³⁸ This very restrictive law for the activity in France of a non-recognised foreign company led the judges to reform the French law on recognition of foreign companies. A foreign company could be ordered to compensate a French plaintiff but could not, in turn, obtain compensation for damages suffered such as the non-performance of a contract or the default of a French debtor. A doctrinal analysis added a second condition to the recognition of foreign companies due to the presence of the real-seat of the company concerned in the territory of the State whose law was observed during the constitution.³⁹ It is simply a transposition, in the field of recognition, of the criterion of the real-seat taken as a connecting element,

according to the traditional conflict of law analysis. Certain authors consider⁴⁰ that “if the company, constituted according to the law of one State, having its real-seat in another one, it would be recognised neither as a company which it followed the law to constitute, nor as company of the State where it has its real-seat”. However, the possibility of a refusal of recognition due to dissociation of the real-seat and the statutory seat sometimes surfaces but the Court of Cassation has never positively accepted.⁴¹ These causes of non-recognition of foreign companies not covered by a bilateral decree or an international convention have been vigorously opposed by the jurisprudence of the Court of Cassation on the basis of the European Convention on Human Rights of 4 November 1950, and by European law which has made a significant contribution to the freedom of establishment of companies from the Member States of the EU on the basis of arts 49 and 54 TFEU. The most important was to extensively interpret the condition of recognition and to allow corporations whose State did not benefit from a collective decree to invoke treaties devoting the same benefit, including the most-favored-nation clause.⁴² The other remedies implemented consisted of a restrictive interpretation of the principle of non-recognition, or of multiplying the obstacles to the effective application of the principle. The judgment rendered by the Commercial Chamber of the Court of Cassation on 5 December 1989 is in this light.

The judgment of the Commercial Chamber of the Court of Cassation of 5 December 1989

In this judgment, the Commercial Chamber focuses on procedural considerations to grant a Qatari company the right to sue.⁴³ The judgment of 5 December 1989 goes further in that it opposes two non-recognised foreign companies in France. In the present case, the Court of Cassation denies a non-recognised foreign public limited company of the United Arab Emirates the possibility of denying, on the basis of the law of 30 May 1857, “the right to take legal action, by invoking the fact that it was a foreign company not having the legal personality in France”. The United Arab Emirates public limited company had a contradictory attitude, since it had initially been in the position of plaintiff and then claimed to deny the right to the public limited company of Qatar to do the same. G. Khairallah notes that “only hostility to the law of 1857 can justify the judgment”.⁴⁴

The judgments rendered by the Court of Cassation on 12 November 1990 and 25 June 1991

In the judgment of 12 November 1990, the Criminal Chamber of the Court of Cassation reaffirmed the maintenance in force of the mechanism established by the Law of 30 May 1857.⁴⁵ The law of 1857 could always be invoked before the judges to make note of the non-recognition of the legal personality of a foreign public limited company. It was

Certains auteurs considèrent que « si, la société, constituée selon la loi d'un pays, ayant son siège social réel dans un autre, elle ne serait reconnue ni comme société dont elle a suivi la loi pour se former, ni comme société du pays où elle a son siège réel ». Cependant, la possibilité d'un refus de reconnaissance pour cause de dissociation des sièges réel et statutaire affleure parfois mais la Cour de cassation ne l'a jamais positivement admis. Ces causes de non-reconnaissance des sociétés étrangères non visées par un décret bilatéral ou une convention internationale ont été vigoureusement combattues par la jurisprudence de la Cour de cassation sur la base de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, et par le droit de l'UE qui a apporté une forte contribution à la liberté d'établissement des sociétés issues des Etats membres de l'Union européenne sur le fondement des arts 49 et 54 TFUE. Le plus important consistait à interpréter de manière extensive la condition de reconnaissance et à permettre aux sociétés dont le pays ne bénéficie pas d'un décret collectif d'invoquer les traités consacrant le même avantage, notamment la clause de la nation la plus favorisée. Les autres correctifs mis en œuvre consistaient en une interprétation restrictive du principe de la non-reconnaissance, ou bien à multiplier les obstacles à l'application effective du principe. L'arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 5 décembre 1989 se situe dans cette optique.

L'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 5 décembre 1989

Dans cet arrêt, la Chambre commerciale s'attache à des considérations d'ordre procédural pour reconnaître à une société du Qatar le droit d'ester en justice. L'arrêt du 5 décembre 1989 va plus loin dans la mesure où il oppose deux sociétés étrangères non reconnues en France. En l'espèce, la Cour de cassation refuse à une société anonyme étrangère non reconnue des Emirats Arabes Unis la possibilité de dénier, sur la base de la loi du 30 mai 1857, « le droit d'ester en justice, en invoquant le fait qu'il s'agissait d'une société étrangère n'ayant pas la personnalité morale en France ». La société anonyme des Emirats Arabes Unis avait eu une attitude contradictoire, puisqu'elle avait initialement été en position de demanderesse et qu'ensuite, elle avait prétendu dénier le droit à la société anonyme du Qatar de faire de même. G. Khairallah note que « seule une hostilité à la loi de 1857 permet de justifier l'arrêt ».

Les arrêts rendus par la Cour de cassation les 12 novembre 1990 et 25 juin 1991

Dans l'arrêt du 12 novembre 1990, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a réaffirmé le maintien en vigueur du dispositif instauré par la loi du 30 mai 1857. La loi de 1857 pouvait toujours à l'époque être invoquée devant les juges pour faire constater la non-reconnaissance de la personnalité morale d'une société anonyme étrangère. Il suffisait

d'apporter la preuve que cette société était ressortissante d'un pays pour lequel le gouvernement français n'avait pas pris de décret collectif conformément à l'art.2 de la loi de 1857. Dans la première espèce, il s'agissait de permettre à la société étrangère Extraco de se constituer partie civile dans une instance pénale où elle se prétendait victime d'une infraction. Dans la seconde affaire, la première Chambre civile de la Cour de cassation a admis que la société étrangère non reconnue pouvait agir en justice en vue d'obtenir le remboursement d'un prêt qu'elle avait consenti à des débiteurs établis en France. Il semblerait que ce soit la première fois que la Cour de cassation applique la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour écarter l'application de la loi du 30 mai 1857 dans la mesure où elle prive une société anonyme étrangère du droit d'ester en justice.

Deux droits fondamentaux peuvent aisément être étendus aux personnes morales, il s'agit du droit au respect des biens et le droit d'ester en justice. Par conséquent, la Cour de cassation a fait référence au droit au respect des biens et au droit d'ester en justice des sociétés étrangères pour faire échec à la loi de 1857. Dans l'arrêt du 25 juin 1991, la première Chambre civile de la Cour de cassation approuva la Cour d'appel d'avoir « décidé que toute personne morale, quelle que soit sa nationalité, pouvait agir en justice pour la protection de ses biens et intérêts ». Par ailleurs, dans un arrêt du 15 novembre 1994, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a précisé qu'« aucune distinction n'est faite par la Convention selon que la personne morale a ou non la nationalité d'un Etat contractant », elle en déduit qu'une société ayant son siège social dans un Etat non partie à la Convention européenne avait la capacité d'agir en justice devant les juridictions françaises. Cette solution a aussi été adoptée par la Cour de cassation dans l'arrêt « *Bicigui* » du 8 juillet 2003 à propos d'une société de droit guinéen dont la capacité d'agir en justice a été reconnue par la Cour de cassation. Sur ce point, la jurisprudence française est en harmonie avec celle de la Cour européenne des droits de l'homme. C'est en raison du lien entre une société et son Etat non bénéficiaire d'un décret collectif ou d'une convention internationale bilatérale que celle-ci n'est pas reconnue en France et ne peut y agir en justice selon la loi du 30 mai 1857. La Cour de cassation a donc jugé qu'au regard de l'art.55 de la Constitution, la loi de 1857 est contraire aux dispositions d'un traité supérieur aux normes internes, en l'occurrence la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Peu importe la nationalité de la société et l'existence ou non d'un décret ou d'une convention bilatérale avec son Etat d'origine, celle-ci peut agir pour la protection de ses intérêts. La loi du 30 mai 1857 cessa d'être applicable aux sociétés anonymes étrangères s'agissant du droit d'accès aux tribunaux français. Mais comme le fait valoir H. Synvet, le régime de la reconnaissance allait bien au-delà de la simple question du droit d'ester en justice. La loi de 1857 avait également des répercussions sur l'activité juridique des sociétés anonymes non reconnues et sur la possibilité d'acquérir des droits réels comme le droit de propriété. En réalité, la Cour de cassation a énoncé que la société peut ester en justice pour assurer la protection de ses biens et intérêts ou pour se constituer partie civile. Elle n'a pas envisagé la

suffisant to prove that the company was a national of a State for which the French Government had not issued a collective decree in accordance with art.2 of the law of 1857. In the first case, the aim was to allow a foreign company called Extraco to bring a civil action in a criminal case in which it claimed to be the victim of an offence. In the second case, the first Civil Chamber of the Court of Cassation allowed the foreign company non-recognised to bring legal action for the repayment of a loan it had granted to debtors established in France. It seems that this is the first time that the Court of Cassation applies the European Convention on Human Rights to rule out the application of the law of 30 May 1857⁴⁶ to the extent that it deprives a public limited company the right to take legal action.

Two fundamental rights can easily be extended to legal persons: the right to respect of property and the right to go to court. Therefore, the Court of Cassation has recognised to foreign companies the right to respect of property and the right to sue to defeat the law of 1857. In the present case, the First Civil Chamber approved the Court of Appeal for "having decided that any legal person, whatever its nationality, could take legal action for the protection of its property and interests". Moreover, in a judgment of 15 November 1994,⁴⁷ the Commercial Chamber of the Court of Cassation stated that "no distinction is made by the Convention according to whether or not the legal person is a national of a Contracting State". The Court of Cassation deduces that a company having its registered office in a State not party to the European Convention on Human Rights had the capacity to take legal action before the French courts. This solution was also adopted by the Court of Cassation in the "*Bicigui*" judgment of 8 July 2003⁴⁸ concerning a Guinean company whose capacity to take legal action was recognised by the Court of Cassation. On this point, the French jurisprudence is in harmony with that of the European Court of Human Rights.⁴⁹ It is because of the link between a company and its national State—not a beneficiary of a collective decree or a bilateral international convention—that the company is not recognised in France and cannot take legal action under the law of 30 May 1857. The Court of Cassation therefore ruled that, under art.55 of the Constitution, the law of 1857 is contrary to the provisions of a treaty that exceeds domestic standards, in this case the European Convention on Human Rights. Regardless of the nationality of the company and the existence or otherwise of a decree or bilateral agreement with its State of origin, it may act for the protection of its interests. The law of 30 May 1857 ceased to be applicable to foreign public limited companies with regard to the right of access to French courts. But as H. Synvet argues, the system of recognition went far beyond the mere issue of the right to sue.⁵⁰ The law of 1857 also had repercussions on the legal activity of non-recognised public limited companies

and on the possibility of acquiring rights in rem (“droits réels”) such as property right. In fact, the Court of Cassation has stated that the company can sue for the protection of its property and interests or to become a civil party. It did not consider the question of the enjoyment of rights by the non-recognised foreign company.

The Court of Cassation in turn called for the repeal of the law of 30 May 1857. In its annual report for 2003,⁵¹ it included in its suggestions to the legislator the repeal of this law. This will be done by the legislator in 2007.

The repeal of the law of 30 May 1857 by the law of 20 December 2007: the appearance of a legislative void in the matter of recognition of foreign companies

Stripped of its substance by the jurisprudence of the Court of Cassation and subject to strong criticism from the doctrine, the law of 30 May 1857 on the recognition of foreign public limited companies was finally repealed by the law No.2007-1787 of 20 December 2007 relating to the simplification of the law.⁵² This law of 1857, which initially was supposed to concern only Belgian companies, totally upset the very liberal French system of recognition of foreign companies. The effects of the law of 30 May 1857 could, if not abrogated, be neutralised by a literal interpretation of this law.⁵³ By placing the adoption of this law in its historical context, one could easily have annulled its legal effects, namely the need for a collective decree to recognise the legal personality of foreign non-Belgian companies. From now on, all foreign companies are recognised in France. The condition of reciprocity fixed by the law of 30 May 1857 also disappears.⁵⁴ However, this long-needed and desirable repeal may have undesirable effects. Currently, no legal rule governs the activity of foreign companies and there is no guarantee of reciprocity for French companies carrying on business in the territory of the State whose companies are recognised in France. Moreover, outside the regulated activities, there is no control over the activity of foreign companies.⁵⁵ The principle of reciprocity risks suffering from the absence of clear and precise legal rules in this area. Indeed, recognising all foreign companies a priori could pose some difficulties. Foreign capital companies could operate in France while their national law of constitution is more lax than French law. Such an assumption could harm the protection of third parties. Back in 1950, the Reform Commission of the Civil Code conscious of this problem had advocated a new drafting of the law of 30 May 1857. It proposed the drafting of a single article which states that “the legal personality, conferred by the law of the State of their constitution, is automatically recognised in France with the effects fixed by the law”.⁵⁶

For R. Crône, another possible wording would have been to say that “the legal personality of foreign companies is

question de la jouissance des droits par la société étrangère non reconnue.

La Cour de cassation réclamait à son tour l’abrogation de la loi du 30 mai 1857. Dans son rapport annuel pour 2003, elle a fait figurer au titre de ses suggestions au législateur l’abrogation de cette loi. Ce sera chose faite par le législateur en 2007.

L’abrogation de la loi du 30 mai 1857 par la loi du 20 décembre 2007 : l’apparition d’un vide législatif en matière de reconnaissance des sociétés étrangères

Vidée de sa substance par la jurisprudence de la Cour de cassation et faisant l’objet de vives critiques de la part de la doctrine, la loi du 30 mai 1857 relative à la reconnaissance des sociétés anonymes étrangères fut finalement abrogée par la Loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit. Cette loi de 1857, qui au départ n’était censée concerner que les sociétés belges, bouleversa totalement le système français très libéral de reconnaissance des sociétés étrangères. Les effets de la loi du 30 mai 1857 auraient pu, à défaut d’abrogation, être neutralisés par une interprétation littérale de cette loi. En replaçant l’adoption de cette loi dans son contexte historique, on aurait pu aisément annuler ses effets juridiques, à savoir la nécessité d’un décret collectif pour reconnaître la personnalité juridique des sociétés anonymes étrangères autres que belges. Désormais, toutes les sociétés étrangères sont reconnues en France. La condition de réciprocité fixée par la loi du 30 mai 1857 disparaît également. Cependant, cette abrogation nécessaire et souhaitable de longue date peut avoir des effets indésirables. Actuellement, aucune règle juridique n’encadre l’activité des sociétés étrangères et il n’existe pas de garantie de réciprocité pour les sociétés françaises exerçant une activité sur le territoire de l’Etat dont les sociétés sont reconnues en France. De plus, en dehors du cadre des matières réglementées, il n’y a pas de contrôle sur l’activité des sociétés étrangères. Le principe de réciprocité risque de souffrir de l’absence de règles juridiques claires et précises en la matière. En effet, reconnaître toutes les sociétés étrangères a priori pourrait poser certaines difficultés. Des sociétés étrangères de capitaux pourraient exercer une activité en France alors que leur loi nationale de constitution est plus laxiste que la loi française. Une telle hypothèse pourrait nuire à la protection des tiers. Déjà en 1950, la Commission de réforme du Code civil consciente de ce problème avait préconisé une nouvelle rédaction de la loi du 30 mai 1857. Elle proposait la rédaction d’un article unique qui disposerait que « la personnalité morale, conférée par la loi du pays de leur création, leur est de plein droit reconnue en France avec les effets fixés par la loi ».

Pour R. Crône, une autre rédaction possible aurait été de dire que « la personnalité morale des sociétés

étrangères est reconnue de plein droit, sans préjudice des règles particulières auxquelles le droit français soumet leur activité ». Cette formulation anodine de prime abord soulignerait que l'activité des sociétés étrangères reconnues désormais de plein droit en France serait, néanmoins, soumise aux règles impératives du droit français. Ainsi, une société anonyme créée dans un Etat dont la législation concernant la protection des tiers offre moins de garanties ne pourrait pas invoquer ses dispositions nationales pour échapper à l'application des lois françaises de protection des tiers. Malgré ces critiques, la reconnaissance automatique des sociétés anonymes étrangères est une nécessité compte tenu des profonds bouleversements affectant l'économie internationale. A l'heure de la mondialisation et de l'imbrication croissante des économies nationales, la reconnaissance des sociétés anonymes étrangères est une source de simplification de la vie des affaires. L'abrogation de la loi de 1857 relative à la reconnaissance des sociétés étrangères aurait dû s'accompagner de mesures destinées à encadrer l'activité des sociétés issues d'Etats tiers à l'Union européenne. En raison des principes du droit de l'UE de reconnaissance mutuelle et de non-discrimination, la reconnaissance des sociétés étrangères ne concerne que les sociétés émanant d'Etats tiers à l'Union européenne. S'agissant de sociétés issues d'un Etat membre de l'Union européenne, il est admis de longue date que celles-ci bénéficient de la liberté d'établissement et de prestations de services en vertu des arts 49 et 54 TFUE. En effet, le principe de la liberté d'établissement s'impose aux Etats membres.

La reconnaissance des sociétés commerciales par le droit de l'Union européenne au moyen de la liberté d'établissement et de la reconnaissance mutuelle des sociétés issues des Etats membres

Dans le cadre du droit de l'UE, l'art.293 CE prévoyait que « les Etats membres engageront entre eux, en tant que de besoin, des négociations en vue d'assurer, en faveur de leurs ressortissants : ... la reconnaissance mutuelle des sociétés au sens de l'article 58, alinéa 2 (devenu article 48, alinéa 2 CE) ». Le but poursuivi était clairement affiché : il fallait supprimer tout ce qui, dans les législations des Etats membres, pouvait ressembler à la loi du 30 mai 1857 et faire obstacle à la reconnaissance des sociétés étrangères. Sur le fondement de ce texte, les Etats membres devaient engager des négociations, celles-ci aboutirent à la Convention européenne de Bruxelles du 29 février 1968 sur la reconnaissance mutuelle des sociétés mais elle n'entra jamais en vigueur faute de ratification par les Pays-Bas. Toutefois, l'utilité de la Convention de Bruxelles est aujourd'hui très insignifiante. Appliquée à une société anonyme constituée dans un autre Etat membre de l'Union européenne, une restriction à la jouissance de ses droits serait tenue pour attentatoire à la liberté d'établissement. La Cour de justice avait cependant réservé dans l'arrêt « Centros » le droit de l'Etat d'accueil de prendre toute mesure destinée à lutter contre les fraudes par voie de lois de police applicables aux personnes morales exerçant une activité sur son territoire.

recognised as of right, without prejudice to the particular rules to which French law subjects their activity".⁵⁷ This innocuous formulation at first glance would underline that the activity of foreign companies now automatically recognised in France would, nonetheless, be subject to the mandatory provisions of French law. Thus, a public limited company created in a State whose legislation concerning the protection of third parties offers fewer guarantees could not invoke its national provisions to escape the application of French laws for the protection of third parties. Despite these criticisms, the automatic recognition of foreign public limited companies is a necessity given the profound upheavals affecting the international economy. In the era of globalisation and the growing interweaving of national economies, the recognition of foreign public limited companies is a source of simplification of business life. The repeal of the law of 1857 on recognition of foreign companies should have been accompanied by measures designed to regulate the activity of companies from third States to the EU. Due to the principles of European law of mutual recognition and non-discrimination, recognition of foreign companies only concerns companies from third States to the EU. In the case of companies from a Member State of the EU, it has long been recognised that they enjoy the freedom of establishment and the provision of services under arts 49 and 54 TFEU. Indeed, the principle of freedom of establishment is binding on the Member States.

Recognition of trading companies by EU law through the freedom of establishment and the mutual recognition of companies from the Member States

Under European law, art.293 EC Treaty provided that "Member States shall, so far as is necessary, enter into negotiations with each other with a view to securing for the benefit of their nationals: the mutual recognition of companies or firms within the meaning of the second paragraph of Article 48, the retention of legal personality in the event of transfer of their seat from one country to another, and the possibility of mergers between companies or firms governed by the laws of different countries: ...". The aim pursued was clearly stated: it was necessary to suppress everything which, in the legislations of the Member States, could resemble the law of 30 May 1857 and hinder recognition of foreign companies. On the basis of this text, the Member States were to enter into negotiations, which led to the Brussels European Convention of 29 February 1968 on the mutual recognition of companies and bodies corporate, but it never entered into force due to the lack of ratification by the Netherlands. However, the usefulness of the Brussels Convention is today very insignificant. Applied to a public limited company incorporated in another Member State of the European Union, a restriction on the enjoyment of its rights would be considered as an infringement of the freedom of

establishment.⁵⁸ However, the Court of Justice had reserved in “Centros”⁵⁹ the right of the host State to take any measure intended to combat fraud by means of mandatory provisions applicable to legal persons carrying on an activity on its territory.

Under the guise of proportionality and non-discrimination, the Court of Justice seems to want to reduce as much as possible “overriding reasons relating to the public interest”, such as the protection of creditors, which the host State would thus be entitled to invoke.⁶⁰ A State can always try to refuse the constitution on its territory of a company which does not have its real-seat there, but in the current state of the jurisprudence such an attitude presents little interest. Freedom of establishment is reflected in an obligation of mutual recognition, with no possibility for a Member State to subject pseudo-foreign companies to specific regulations. In concrete terms, there is a phenomenon of *law shopping* on the part of companies. Therefore, each Member State adapts its legislation in the hope of attracting the most foreign capital.⁶¹ In the judgment “Überseering”,⁶² the Court of Justice ruled that:

“Where a company formed in accordance with the law of a Member State (‘A’) in which it has its registered office exercises its freedom of establishment in another Member State (‘B’), Articles 43 EC and 48 EC require Member State B to recognise the legal capacity and, consequently, the capacity to be a party to legal proceedings which the company enjoys under the law of its State of incorporation (‘A’).”

Article 48 EC implicitly remedies the lack of an agreement in so far as it lays down the conditions for the recognition of foreign companies as regards freedom of establishment and freedom to provide services. In a judgment of 5 November 2002,⁶³ the Court of Justice has held that “the exercise of the freedom of establishment necessarily implies the recognition of those companies [the companies referred to in art.54 TFEU] by any Member State in which they wish to establish themselves”. Furthermore, according to the Court of Justice, it is not necessary for Member States to adopt, for these companies, a Convention on the mutual recognition of companies under the conditions laid down in art.293 EC. In the recital 93, the Court of Justice states that the objectives of protecting the interests of creditors, minority shareholders, employees or the tax authorities—which underlie the use of the real-seat criterion as a connecting factor for companies—“cannot, however, justify denying the legal capacity and, consequently, the capacity to be a party to legal proceedings of a company properly incorporated in another Member State in which it has its registered office. Such a measure is tantamount to an outright negation of the freedom of establishment conferred on companies by

Sous couvert de proportionnalité et de non-discrimination, la Cour semble vouloir réduire au maximum les « raisons impérieuses d'intérêt général », comme la protection des créanciers, que l'Etat d'accueil serait ainsi autorisé à invoquer. Un Etat peut toujours tenter de refuser la constitution sur son territoire d'une société qui n'y a pas son siège réel, mais en l'état actuel de la jurisprudence une telle attitude présente peu d'intérêt. La liberté d'établissement se traduit par une obligation de reconnaissance mutuelle, sans possibilité pour un Etat membre de soumettre les sociétés pseudo-étrangères à une réglementation spécifique. Concrètement, l'on assiste à un phénomène de *law shopping* de la part des sociétés. Par conséquent, chaque Etat membre adapte sa législation dans l'espoir d'attirer le plus de capitaux étrangers. Dans le considérant de principe de l'arrêt « Überseering », la Cour de justice a décidé que :

« lorsqu'une société constituée conformément à la législation d'un Etat membre sur le territoire duquel elle a son siège statutaire exerce sa liberté d'établissement dans un autre Etat membre, les articles 43 et 48 CE imposent à ce dernier de respecter la capacité juridique et, partant, la capacité d'ester en justice que cette société possède en vertu du droit de son Etat de constitution. »

L'article 48 CE pallie implicitement le défaut de convention dans la mesure où il détermine les conditions de la reconnaissance des sociétés étrangères en matière de liberté d'établissement et de libre prestation de services. Dans son arrêt du 5 novembre 2002, la Cour de justice a considéré que « l'exercice de la liberté d'établissement suppose nécessairement la reconnaissance des dites sociétés [les sociétés visées à l'article 54 TFEU] par tout Etat membre dans lequel elles souhaitent s'établir ». Par ailleurs, d'après la Cour de justice, il n'est pas nécessaire que les Etats membres adoptent, pour ces sociétés, une convention relative à la reconnaissance mutuelle des sociétés dans les conditions prévues par l'art.293 CE. Dans le considérant 93 de l'arrêt du 5 novembre 2002, elle précise que les objectifs de protection des intérêts des créanciers, des associés minoritaires, des salariés ou du fisc, qui sous-tendent l'utilisation du critère du siège réel comme critère de rattachement des sociétés « ne peuvent toutefois justifier que soient refusées la capacité juridique et, partant la capacité d'ester en justice à une société régulièrement constituée dans un autre Etat membre où elle a son siège statutaire ». En effet, « une telle mesure équivaut à la négation même de la liberté d'établissement reconnue aux sociétés par les articles 43 et 48 CE ». La liberté d'établissement interdit qu'un refus de reconnaissance soit opposé à une société ayant son siège statutaire dans l'un des Etats membres de l'Union européenne, que ce refus

soit fondé sur la localisation du siège réel ou sur des dispositions restrictives du type de la loi du 30 mai 1857 avant son abrogation par la loi du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit. Le droit positif allemand tira les conséquences de l'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice en reconnaissant la capacité juridique d'une société hollandaise ayant transféré son siège réel sur le territoire allemand, et en considérant que la capacité de cette société relève de sa loi de constitution. L'abrogation de l'ancienne loi du 30 mai 1857 ainsi que la jurisprudence extrêmement libérale de la Cour de justice favorable à une reconnaissance *de plano* des sociétés de l'Union européenne ont entraîné une perte d'intérêt de la question de la reconnaissance des sociétés dans le cadre de l'Union européenne. Toutefois, la question se pose toujours avec autant d'acuité dès lors qu'il s'agit de reconnaître une société issue d'un Etat tiers à l'Union européenne. La reconnaissance étant admise, le vrai problème consiste à savoir selon quels critères déterminer la capacité de jouissance d'une société étrangère reconnue et quelles limites apporter à celle-ci. En la matière, une renouveau du critère du contrôle n'est pas à exclure. On note à cet égard l'absence de dispositions venant pallier l'abrogation de la loi du 30 mai 1857. Dès lors que la société étrangère est reconnue, celle-ci peut jouir de droits et d'obligations dans le pays de reconnaissance. Cependant, les droits de la société étrangère sont déterminés en considération de sa loi nationale. En effet, c'est la loi nationale de la société étrangère qui va déterminer l'étendue de ses droits. La reconnaissance a essentiellement pour effet de faire admettre sa capacité juridique à jouir de droits patrimoniaux et à les exercer. L'étendue de cette capacité est régie par la *lex societatis* mais elle ne peut dépasser la capacité de la société de l'Etat de reconnaissance de même type. La reconnaissance des sociétés étrangères débouche nécessairement sur le problème de leur condition juridique dans le pays où celles-ci entendent exercer une activité commerciale ou artisanale. Par conséquent, il s'agit de savoir quels sont les droits dont la société peut revendiquer la jouissance et à quelles obligations celle-ci est soumise.

Deux problèmes sont mis en exergue par la reconnaissance d'une société étrangère. Tout d'abord, le premier problème est relatif à la jouissance des droits ; ensuite, il convient de déterminer les modalités d'exercice de ces droits.

LES DROITS ET L'ETENDUE DE LA CAPACITE JURIDIQUE DES SOCIETES COMMERCIALES ETRANGERES EN FRANCE

Les personnes morales étrangères bénéficient des mêmes droits et obligations que les sociétés françaises du même type, en application de la jurisprudence selon laquelle les étrangers bénéficient de tous les droits qui ne leur sont pas expressément refusés. En fonction de leur nationalité, les sociétés

arts 43 EC and 48 EC". Freedom of establishment prohibits a refusal of recognition against a company having its registered office in one of the Member States of the EU, whether such refusal is based on the location of the real-seat or on restrictive provisions the type of the law of 30 May 1857 before its repeal by the law of 20 December 2007 on the simplification of the law.⁶⁴ German positive law drew the consequences of the evolution of the jurisprudence of the Court of Justice by recognising the legal capacity of a Dutch company having transferred its real-seat on the German territory, and considering that the capacity of this company falls under its law of constitution.⁶⁵ The repeal of the old law of 30 May 1857, as well as the extremely liberal jurisprudence of the Court of Justice in favour of recognition *de plano* of companies from the Member States of the EU, led to a loss of interest in the question of recognition of companies within the framework of the EU. However, the question still arises with such acuity when it comes to recognising a company from a third State to the EU. Recognition being admitted, the real problem is to know by what criteria determine the capacity of enjoyment of a recognised foreign company and what limits to bring to it. In this respect, a revival of the control criterion cannot be excluded. In this regard, we note the absence of provisions to remedy the repeal of the law of 30 May 1857. Once the foreign company is recognised, it can enjoy rights and obligations in the State of recognition. However, the rights of the foreign company are determined in consideration of its national law. Indeed, it is the national law of the foreign company that will determine the extent of these rights. Recognition essentially has the effect of allowing one's legal capacity to enjoy and exercise economic rights. The extent of this capacity is governed by the *lex societatis* but it cannot exceed the capacity of the company of the State of recognition of the same type.⁶⁶ Recognition of foreign companies inevitably leads to the problem of their legal status in the State where foreign companies intend to carry on a commercial or craft activity. Consequently, it is a question of which rights the company can claim and which obligations it is subject to.

Two problems are highlighted by the recognition of a foreign company. First, we will see that the problem is related to the enjoyment of rights; secondly, the conditions for the exercise of these rights should be determined.

THE RIGHTS AND EXTENT OF THE LEGAL CAPACITY OF FOREIGN TRADING COMPANIES IN FRANCE

Foreign legal persons enjoy the same rights and obligations as French companies of the same type, according to the case law which considers that foreigners benefit from all the rights which are not expressly denied to them.⁶⁷ Depending on their nationality, companies are treated as nationals of

their home State. First, we will expose the problem of the aptitude for the enjoyment of rights and the principle of the assimilation to French companies of recognised foreign companies, then that of the exercise of rights by a recognised foreign company in France. We will see how the exercise of rights for a foreign company is articulated and what are the limits to this legal capacity.

Enjoyment of rights: art.11 of the Civil Code

Given the silence of the texts relating to the condition of foreign companies recognised in France, the principle is that they must be treated, except as otherwise provided, as foreign natural persons.⁶⁸ Civil rights are those which the legislator expressly reserved to French nationals, except the possibility for foreigners to benefit from them by virtue of a treaty concluded with France. According to B. Audit, this “conception is the antithesis of exegesis and it seems to be historically grounded”.⁶⁹ The drafters of the Civil Code had intended to deprive foreigners only of rights which had previously been refused to them. The Court of Cassation adopted this position.⁷⁰ Ruling on a 1945 order on compensation for spoliation, the Court of Cassation found that this order did not make French nationality a condition for claiming its benefit “whereas it is in principle that foreigners enjoy in France all the rights that are not specifically denied to them”. This case law has been reaffirmed several times by the Court of Cassation.⁷¹ “Specially denied rights” means faculties excluded by express rule and not only implicitly.⁷² When a foreign company wishes to carry on business in France, French laws are intended to apply.

The rule of principle concerning foreign companies is that of their assimilation to French companies but also to natural persons. In addition, the extent of their legal capacity is governed by *lex societatis*. Lastly, the exercise in France of an activity is subject to the respect of mandatory provisions.

The principle of the assimilation of foreign companies recognised in France to French companies

When recognised, foreign companies enjoy the same private rights as individuals of the same nationality as far as possible, as well as treaties concluded in favour of nationals of their State. As regards the status of foreign natural or legal persons, the general rule is art.11 of the Civil Code following the repeal of art.L.145-13 of the French Commercial Code.⁷³ Foreign companies recognised in France are, in principle, able to enjoy the same rights as French companies. This assimilation takes the form of an extension of the principle accepted for natural persons on the basis of art.11 of the Civil Code. The judicial application of this principle has been manifested by the extension to foreign companies of the jurisprudence “des gares principales”, which makes it possible to assign a company to the head office of one of these

sont traitées comme les ressortissants de leur Etat de rattachement. Dans un premier temps, nous exposerons le problème de l'aptitude à la jouissance des droits et le principe de l'assimilation aux sociétés françaises des sociétés étrangères reconnues, puis celui de l'exercice des droits par une société étrangère reconnue en France. Nous verrons comment s'articule l'exercice des droits par une société étrangère et quelles sont les limites à cette capacité juridique.

L'aptitude à la jouissance des droits : l'art.11 du Code civil

Devant le silence des textes relatifs à la condition des sociétés étrangères reconnues en France, le principe est que celles-ci doivent être traitées, sauf dispositions contraires, comme les personnes physiques étrangères. Les droits civils sont ceux que le législateur a expressément réservés aux nationaux français, sauf la possibilité pour les étrangers d'en bénéficier en vertu d'un traité conclu avec la France. D'après B. Audit, cette « conception est aux antipodes de l'exégèse et il semble qu'elle soit historiquement fondée ». Les rédacteurs du Code civil n'auraient entendu priver les étrangers que des droits qui leur étaient précédemment refusés. La Cour de cassation adopta cette position. Statuant à propos d'une ordonnance de 1945 sur l'indemnisation des spoliations, elle constata que cette ordonnance ne faisait pas de la nationalité française une condition de réclamation de son bénéfice « alors qu'il est de principe que les étrangers jouissent en France de tous les droits qui ne leur sont pas spécialement refusés ». Cette jurisprudence a été à plusieurs reprises réaffirmée par la Cour de cassation. Par « droits spécialement refusés », il faut entendre les facultés exclues par une règle exprès et pas seulement de façon implicite. Dès lors qu'une société étrangère souhaite exercer une activité en France, les lois françaises ont vocation à s'appliquer.

La règle de principe concernant les sociétés étrangères est celle de leur assimilation aux sociétés françaises mais également aux personnes physiques. En outre, l'étendue de leur capacité juridique est régie par la *lex societatis*. Enfin, l'exercice en France d'une activité est soumis au respect des lois de police .

Le principe de l'assimilation des sociétés étrangères reconnues en France aux sociétés françaises

Lorsqu'elles sont reconnues, les sociétés étrangères bénéficient des mêmes droits privés que les individus de même nationalité dans la mesure du possible, ainsi que des traités conclus en faveur des ressortissants de leur pays. En matière de condition des étrangers personnes physiques ou morales, le texte de principe est l'art.11 du Code civil suite à l'abrogation de l'art.L. 145-13 du Code de commerce. Les sociétés étrangères reconnues en France sont, en principe, aptes à jouir des mêmes droits que les sociétés françaises. Cette assimilation se présente sous la forme d'une extension du principe admis pour les personnes physiques sur la base de l'art.11 du Code civil. L'application jurisprudentielle de ce principe s'est manifestée par l'extension aux sociétés étrangères de la jurisprudence des gares principales qui permet d'assigner une société au siège de l'une de ses succursales. Le texte de l'art.11 du Code civil pose donc le principe de la réciprocité. Celle-ci signifie que

l'étranger personne physique a en France les mêmes droits que le Français dans l'Etat étranger. Les sociétés étrangères reconnues jouissent aujourd'hui des mêmes droits que les sociétés françaises sauf s'il existe un texte contraire. Cette limitation ne joue pas si les sociétés bénéficient d'un traité international bilatéral ou multilatéral conclu entre leur Etat d'origine et la France. En la matière, la nationalité de la société retrouve une place de choix puisque celle-ci va déterminer l'étendue des droits que la société étrangère peut invoquer en France selon les traités ou accords conclus avec la France par son Etat d'origine. S'agissant des activités économiques, en particulier du droit d'exercer une activité permanente sur le territoire français, le droit français opère une distinction selon la nationalité de la société. Les sociétés ressortissantes d'Etats membres de l'Union européenne sont assimilées aux sociétés françaises en vertu des arts 49 et 54 TFUE qui garantissent la liberté d'établissement et la libre prestation de services. La reconnaissance des sociétés issues d'un autre Etat membre s'est faite par le biais de la jurisprudence de la Cour de justice qui a fortement favorisé la mobilité intra-UE des sociétés issues des Etats membres.

Le principe de l'assimilation aux personnes physiques étrangères des sociétés étrangères reconnues en France

Ce principe découle du fait qu'il n'existe pas de règles juridiques propres au statut en France des sociétés étrangères dont la personnalité juridique est reconnue. Par conséquent, le principe est que ces sociétés étrangères sont traitées, sauf indications exprès contraires, comme les personnes physiques étrangères de leur Etat d'origine. Par conséquent, ces sociétés ne peuvent pas réclamer le bénéfice de droits refusés aux ressortissants personnes physiques de leur Etat d'origine. En revanche, en application de ce principe, les juridictions françaises ont décidé que ces sociétés étrangères reconnues peuvent bénéficier des traités conclus en faveur des nationaux de leur Etat. Cette assimilation va prendre différentes formes : ce peut être une clause d'assimilation aux nationaux, par cette clause chaque Etat attribue aux nationaux de l'autre Etat, dans le domaine défini par le traité, les droits qu'il reconnaît à ses propres nationaux ; il peut s'agir également de la clause de la nation la plus favorisée par laquelle l'Etat signataire s'engage à accorder aux ressortissants de son cocontractant le traitement le plus favorable qu'il ait accordé ou qu'il accordera à des étrangers d'un autre Etat ; il y a aussi la clause de réciprocité dont l'art.11 du Code civil prévoit expressément l'application. Les étrangers bénéficiaires d'une telle clause jouissent en France des mêmes droits dont les Français bénéficient dans le pays d'origine de ces étrangers, et réciproquement.

L'assimilation des sociétés étrangères reconnues aux ressortissants étrangers a pour autre conséquence que ces sociétés sont frappées des incapacités

branches.⁷⁴ The text of art.11 of the Civil Code therefore lays down the principle of reciprocity. This means that the foreign natural person in France has the same rights as the French in the foreign State. Recognised foreign companies now enjoy the same rights as French companies unless there is a contrary provision. This limitation does not apply if the companies benefit from a bilateral or multilateral treaty concluded between their State of origin and France. In this regard, the nationality of the company finds a place of choice since it will determine the scope of the rights that the foreign company can invoke in France according to treaties or agreements concluded with France by its State of origin. With regard to economic activities, in particular the right to pursue a permanent activity on French territory, French law makes a distinction according to the nationality of the company.⁷⁵ Companies from Member States of the EU are assimilated to French companies by virtue of arts 49 and 54 TFEU, which guarantee the freedom of establishment and the freedom to provide services. Recognition of companies from another Member State has been made through the case law of the Court of Justice which has strongly promoted intra-EU mobility of companies from EU Member States.

The principle of the assimilation to foreign natural persons of recognised foreign companies in France

This principle stems from the fact that there are no legal rules specific to the status in France of foreign companies whose legal personality is recognised.⁷⁶ Therefore, the principle is that these foreign companies are treated, unless expressly stated otherwise, as foreign natural persons of their State of origin. Therefore, these companies cannot claim the benefit of denied rights to natural persons of their State of origin. On the other hand, in application of this principle, the French courts have decided that these recognised foreign companies may benefit from treaties concluded in favor of the nationals of their State.⁷⁷ This assimilation will take different forms: it can be a clause of assimilation to the nationals, by this clause each State attributes to the nationals of the other State, in the field defined by the treaty, the rights which it recognises to its own nationals; it may also be the most-favoured-nation clause by which the signatory State undertakes to accord to the nationals of its co-contracting party the most favourable treatment which it has granted or which it will grant to foreigners from another State⁷⁸; there is also the clause of reciprocity whose art.11 of the Civil Code expressly provides for the application. The foreigners benefiting from such a clause enjoy in France the same rights which the French enjoy in the State of origin of these foreigners, and vice versa.

The assimilation of recognised foreign companies to foreign nationals has the further consequence that these companies are subject to the legal incapacity provided for these

nationals by their national law to the extent that they may apply to legal persons.⁷⁹ This law determines their constitution, but also their capacity of enjoyment and exercise. If the law of origin of the recognised foreign company forbids it to receive free of charge, it is unable to do so under French law. The legal personality of the company “exists only to the extent that their national law has created it”.⁸⁰ French law may reserve the right not to grant certain rights to foreign companies, but it cannot go beyond what the foreign law provides for its companies. In a decision of the French Council of State of 21 December 1994,⁸¹ it was held that the provisions of the Franco-Spanish Convention of 7 January 1862, granting nationals of both States the right to settle wherever they wished for the exercise of their activity, have the effect, independently of any contrary governmental interpretation, of exempting Spanish nationals and, by analogy, the beneficiaries of other assimilation treaties, from the scope of the decree of 12 November 1938 establishing the trader licence. Article 54 TFEU, expressly assimilates to natural persons having the nationality of a Member State: “Companies or firms formed in accordance with the law of a Member State and having their registered office, central administration or principal place of business within the Union shall, for the purposes of this Chapter, be treated in the same way as natural persons who are nationals of Member States”. The distinction between a national company and a Member State company has become irrelevant because of developments in European law and the case law of the Court of Justice.

Limits to the principle of assimilation: the organic law of foreign companies determines the extent of their capacity of enjoyment

Foreign companies cannot have greater capacity than “Native companies of the same type”.⁸² In other words, they cannot have more extensive rights in the host State than in their State of origin. They could not have more rights than French companies.⁸³ The doctrine refers to the Hague Convention of 1 June 1956 concerning the recognition of the legal personality of foreign companies, associations and institutions, whose arts 5, para.2 and 6, para.3 allow a State to refuse to foreign companies the rights it does not grant to national companies. In practice, there is no absolute legal incapacity depending on the legal status of local companies, but rather special disabilities which tend to the protection of the general interest and governed by the law applicable and binding on all companies.⁸⁴ It is simply an application of the principle of international law of respect for vested rights.⁸⁵ If we take the example of the legal capacity of French companies to receive free of charge recognised by jurisprudence, we must extend this principle to foreign companies recognised in France unless their national law does not grant them such a right.⁸⁶

prévues pour ces ressortissants par leur loi nationale dans la mesure où elles peuvent s'appliquer à des personnes morales. Cette loi détermine leur constitution, mais aussi leur capacité de jouissance et d'exercice. Si la loi d'origine de la société étrangère reconnue lui interdit de recevoir à titre gratuit, elle en est incapable en droit français. La personnalité juridique de la société « n'existe que dans la mesure où [sa] loi nationale l'a créée ». La loi française peut se réserver le droit de ne pas accorder certains droits aux sociétés étrangères, mais elle ne peut aller au-delà de ce que prévoit la loi étrangère pour ses sociétés. Dans un arrêt du Conseil d'Etat du 21 décembre 1994, il a été jugé que les dispositions de la convention franco-espagnole du 7 janvier 1862, accordant aux ressortissants des deux Etats le droit de s'établir où bon leur semble pour l'exercice de leur activité, ont pour effet, indépendamment de toute interprétation gouvernementale contraire, de soustraire les ressortissants espagnols et, par analogie, les bénéficiaires des autres traités d'assimilation, du champ d'application du décret du 12 novembre 1938 instituant la carte de commerçant. L'article 54 TFEU, assimile expressément aux personnes physiques ayant la nationalité d'un Etat membre, « les sociétés constituées en conformité de la législation d'un Etat membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté ». La distinction société nationale/société issue d'un Etat membre a perdu tout intérêt en raison de l'évolution du droit de l'UE et de la jurisprudence de la Cour de justice.

Les limites au principe de l'assimilation : la loi organique des sociétés étrangères fixe l'étendue de leur capacité de jouissance

Les sociétés étrangères ne peuvent avoir une capacité plus grande que celle des « sociétés autochtones de type correspondant ». Autrement dit, elles ne peuvent avoir des droits plus étendus dans le pays d'accueil que dans leur Etat d'origine. Elles ne pourraient pas avoir plus de droits que les sociétés françaises. La doctrine se réfère à la Convention de La Haye du 1er juin 1956 dont les arts 5, als 2 et 6, al.3 permettent à un Etat de refuser aux sociétés étrangères les droits qu'il n'accorde pas aux sociétés nationales. En pratique, il n'y a pas une incapacité générale d'exercice dépendant du statut personnel des sociétés locales, mais plutôt des incapacités spéciales qui tendent à la protection de l'intérêt général et régies par la loi applicable à la matière et s'imposant à toutes les sociétés. Il s'agit tout simplement d'une application du principe de droit international du respect des droits acquis. Si l'on prend l'exemple de la capacité juridique des sociétés françaises à recevoir à titre gratuit reconnue par la jurisprudence, on doit étendre ce principe aux sociétés étrangères reconnues en France sauf si leur loi nationale ne leur accorde pas un tel droit.

Une autre limite réside dans le fait que la personnalité de la société étrangère reconnue en France dépend de sa loi nationale, si cette dernière retire la personnalité morale à l'une de ses sociétés, cette société ne peut plus bénéficier de la reconnaissance de sa personnalité morale. Les sociétés étrangères reconnues ne peuvent invoquer les privilèges de juridiction instaurés par les arts 14 et 15 du Code civil. En effet, le droit d'attraire un adversaire, demandeur ou défendeur étranger, devant une juridiction française est un droit réservé aux personnes ayant la nationalité française au jour de l'instance en vertu des arts 14 et 15 du Code civil. Ce bénéfice des privilèges de juridiction a été reconnu aux personnes morales par la Cour de cassation dans l'arrêt « *Compagnie La Métropole* » du 21 mars 1966. Toutefois, l'arrêt « *Prieur* » du 23 mai 2006 de la première Chambre civile de la Cour de cassation a réduit la portée de l'art.15 du Code civil en considérant qu'il ne fonde plus une compétence française exclusive, le Français défendeur doit désormais être attiré devant un juge étranger compétent sans que le jugement étranger rendu contre lui ne soit privé de l'exequatur en France pour ce motif. Il faut néanmoins préciser que le recours à l'art.15 du Code civil ne présente d'utilité que pour les personnes physiques. La nationalité des sociétés se déterminant, en droit français, essentiellement à partir de la situation de leur siège social. Si celui-ci est situé en France, la règle classique *actor sequitor forum rei* suffit à asseoir la compétence des tribunaux français. Le tribunal du lieu du domicile du défendeur l'emporte donc sur le tribunal de l'Etat dont il a la nationalité.

Cette solution a reçu l'appui de la doctrine britannique qui précise que la capacité d'une société est limitée à deux titres. Tout d'abord, elle est limitée par sa loi nationale, ensuite par la loi qui régit la matière en cause. Cette interprétation devrait être généralisée, la limitation de la capacité des sociétés étrangères ne résulte pas de leur assimilation aux sociétés nationales du même type mais plutôt de réglementations nationales spécifiques. Mais la société étrangère doit pouvoir agir en France dans les limites fixées par sa loi nationale et par ses statuts et toujours dans le respect des limitations résultant de réglementations nationales, ce qui pourrait avoir pour conséquence de lui octroyer une capacité de jouissance plus grande que celle des sociétés françaises du même type. Sur ce point, le droit de l'UE a adopté une position extrêmement libérale. Dans l'affaire « *Überseering* » du 5 novembre 2002, la Cour de justice a considéré que l'Etat membre d'accueil sur lequel la société exerce son droit d'établissement doit respecter la capacité juridique que lui donne le droit de l'Etat membre sur lequel elle s'est constituée.

Le respect des lois de police par la société étrangère reconnue en France

Il existe des lois dont le respect incombe aussi bien aux sociétés françaises qu'aux sociétés étrangères,

Another limit lies in the fact that the personality of the foreign company recognised in France depends on its national law, if the latter withdraws the legal personality from one of its companies, this company cannot benefit any more from the recognition of its legal personality. Recognised foreign companies cannot invoke the privileges of jurisdiction established by arts 14 and 15 of the Civil Code. Indeed, the right to sue an adversary, plaintiff or foreign defendant, before a French court is a right reserved to persons having French nationality on the day of the proceedings pursuant to arts 14 and 15 of the Civil Code. This benefit of the privileges of jurisdiction was recognised to legal persons by the Court of Cassation in the "*Compagnie La Métropole*" judgment of 21 March 1966.⁸⁷ However, the "*Prior*" judgment⁸⁸ of 23 May 2006 of the first Civil Chamber of the Court of Cassation reduced the scope of art.15 of the Civil Code by considering that it no longer founds exclusive French jurisdiction, the French defendant must now be attracted before a competent foreign judge without the foreign judgment against him being deprived of exequatur in France for this reason. It should be noted, however, that recourse to art.15 of the Civil Code is only useful for individuals. The nationality of companies is determined, in French law, essentially from the situation of their registered office. If it is located in France, the classic rule *actor sequitor forum rei* is enough to establish the jurisdiction of the French courts. The court of the defendant's place of domicile thus prevails over the court of the State of which it is a national.

This solution has received support from the British doctrine⁸⁹ which specifies that the capacity of a company is limited to two titles. First, it is limited by its national law, then by the law that governs the subject matter. This interpretation should be generalised, the limitation of the capacity of foreign companies does not result from their assimilation to national companies of the same type but rather from specific national regulations.⁹⁰ But the foreign company must be able to act in France within the limits fixed by its national law and by its articles of association and always in the respect of the limitations resulting from national regulations, which could result in granting it a greater capacity of enjoyment than that of French companies of the same type.⁹¹ On this point, EU law has adopted an extremely liberal position. In the "*Überseering*"⁹² case of 5 November 2002, the Court of Justice considered that the host Member State on which the company exercises its right of establishment must respect the legal capacity conferred on it by the legislation of the Member State on which it has been constituted.

The respect of mandatory provisions ("lois de police") by the foreign company recognised in France

Certain laws must be respected both by French companies and foreign companies, the latter cannot argue their status

of foreigners to escape the application of mandatory provisions. Employees of a foreign company benefit in France from the same representation rights as employees of French companies, insofar as they are not “incompatible with the presence abroad of the head office”.⁹³ According to the constant jurisprudence of the French Council of State and the Court of Cassation,⁹⁴ the French law on the representation of employees applies, “at all levels of the production sectors”, as a mandatory provision, that is to say imperatively on the national territory independently of the *lex societatis* of the company.⁹⁵ The foreign company is also subject to French law for all work performed in France. It is the same for the affiliation to the social security which is a mandatory provision as decided by the Court of Cassation in a judgment of 18 March 1999.⁹⁶

The rights and obligations of foreign companies recognised in France

The exercise of rights by a recognised foreign corporation concerns the problem of the conflict of laws. In principle, the company is subject to the *lex societatis*, that is to say, its national law or applicable law. Often presented in terms of recognition of their legal personality, the question of the activity that foreign companies can exercise on French territory is in fact analysed as a problem of enjoyment of rights. On the other hand, the recognition of legal personality is dependent on the conflict of laws method. We will see successively how the activity in France of foreign companies is structured, then the obligations to which foreign recognised companies are subject.

The exercise of an activity in France by a foreign company

The foreign company recognised in France has, by virtue of art.11 of the Civil Code, the same rights as a French company. This company can only operate in France within the limits of the capacity granted to it by its *lex societatis* and by following its functioning rules. It is the recognition in France of the foreign company which opens to it the possibility of exercising a commercial activity on the territory. For some authors, recognition of the company would be at most an “authorisation to carry on an activity”.⁹⁷ In other words, recognition would be reduced to the admission of the effects on the French territory of the foreign legal personality. As for the existence of the foreign company, it would not be a question of recognition but of “international competence of authorities”.⁹⁸ However, these issues relating to the field of international recognition of foreign companies no longer appear on the agenda since the repeal of the law of 30 May 1857 which allows the judge, without recourse to the European Convention on Human Rights, to recognise the legal personality of foreign companies in France. In addition, the

ces dernières ne peuvent pas arguer de leur extranéité pour échapper à l'application des lois de police. Les salariés d'une société étrangère bénéficient en France des mêmes droits de représentation que les salariés de sociétés françaises, dans la mesure où ils ne sont pas « incompatibles avec la présence à l'étranger du siège social ». D'après une jurisprudence constante du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation, la loi française relative à la représentation des salariés s'applique, « à tous les niveaux des secteurs de production », en tant que loi de police, c'est-à-dire de façon impérative sur le territoire national indépendamment de la *lex societatis* de la société. La société étrangère est également soumise à la loi française pour toutes les prestations de travail effectuées sur le territoire français. Il en est de même pour l'affiliation à la sécurité sociale qui est une loi de police comme l'a décidé la Cour de cassation dans un arrêt du 18 mars 1999.

Les droits et obligations des sociétés étrangères reconnues en France

L'exercice des droits par une société étrangère reconnue concerne le problème du conflit de lois. En principe, la société est soumise à la *lex societatis*, c'est-à-dire à sa loi nationale. Souvent présentée en termes de reconnaissance de leur personnalité morale, la question de l'activité que les sociétés étrangères peuvent exercer sur le territoire français s'analyse en réalité comme un problème de jouissance des droits. En revanche, la reconnaissance de la personnalité morale est tributaire de la méthode du conflit de lois. Nous verrons successivement comment s'articule l'activité en France des sociétés étrangères, puis les obligations auxquelles sont soumises les sociétés étrangères reconnues.

L'exercice d'une activité en France par une société étrangère

La société étrangère reconnue en France a, en vertu de l'art.11 du Code civil, les mêmes droits qu'une société française. Cette société ne peut agir en France que dans les limites de la capacité qui lui est accordée par sa *lex societatis* et en suivant les règles de fonctionnement de celle-ci. C'est la reconnaissance en France de la société étrangère qui lui ouvre la possibilité d'exercer une activité commerciale sur le territoire. Pour certains auteurs, la reconnaissance de la société ne serait tout au plus que « l'autorisation d'exercer une activité ». Autrement dit, la reconnaissance se ramènerait à l'admission des effets sur le territoire français de la personnalité juridique étrangère. Quant à l'existence de la société étrangère, il ne s'agirait pas d'une question de reconnaissance mais de « compétence internationale des autorités ». Toutefois, ces questions relatives au domaine de la reconnaissance internationale des sociétés étrangères ne semblent plus à l'ordre du jour depuis l'abrogation de la loi du 30 mai 1857 qui permet au juge, sans recourir à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de reconnaître la personnalité morale des sociétés étrangères en France. En outre, l'avènement du droit de l'UE a

permis de restreindre le domaine de la reconnaissance aux seules sociétés tiers à l'Union européenne.

Les obligations spécifiques pesant sur les sociétés étrangères

Certaines obligations concernent la société elle-même. Cette dernière est soumise à une série d'obligations relatives notamment à la publicité, la loi applicable à son statut ou le nom des associés. D'autre part, il existe une série d'obligations pesant directement sur les membres de la société.

Les obligations pesant sur la société

Qu'il s'agisse des personnes morales ou physiques étrangères, celles-ci sont soumises à des règles particulières que certains auteurs qualifient de règles « discriminatoires ». Certains droits privés leurs sont refusés comme le droit de vote. Logiquement, ces discriminations ne revêtent pas la même forme pour les personnes morales et les personnes physiques étrangères. En la matière, ce qui intéresse les sociétés commerciales ce sont les conditions d'accès à certaines activités réglementées. L'article L. 122-1 du Code de commerce (abrogé) disposait que les sociétés étrangères qui souhaitaient exercer une activité commerciale, industrielle ou artisanale en France devaient en faire la déclaration préalable auprès du préfet du département où l'exercice de cette activité était prévu. Cette disposition subordonnait l'établissement en France à l'octroi d'une autorisation spécifique et n'avait pas prévu le cas de l'établissement ouvert par une société étrangère. Par conséquent, la nécessité d'une carte de commerçant pesait sur les étrangers associés en nom ou dirigeants qui avaient, à ce titre, la qualité de commerçant, et sur tous les employés étrangers de la société. En revanche, si les dirigeants sociaux n'avaient pas la qualité de commerçant, aucune obligation ne pesait sur eux. Désormais, la société peut avoir un établissement en France à la condition de se soumettre à la publicité au registre du commerce et des sociétés. En outre, une société étrangère est soumise à l'impôt français sur les sociétés pour les résultats d'opérations effectuées en France dans les cas où elle dispose d'un établissement en France, ou si elle y effectue des opérations par l'intermédiaire de représentants ne possédant pas de personnalité morale distincte, ou bien si elle y réalise des opérations se détachant de celles effectuées à l'étranger et formant un cycle commercial complet, ou bien si elle participe à un chantier ayant une réelle autonomie ou si elle fournit un ensemble « clés en main ». Les revenus d'immeubles situés en France sont également soumis à l'impôt sur les sociétés en vertu de l'art.206-1 du Code général des impôts qui vise « toutes autres personnes morales se livrant à une exploitation ou à des opérations à caractère lucratif ». Dans un arrêt du 30 novembre 2001, la Cour d'appel de Paris a jugé que le bureau de liaison ouvert par une société ayant son siège social à l'étranger constitue un établissement secondaire au sens de l'art.R. 123-30 du Code de commerce justifiant l'immatriculation dès lors que ce bureau est permanent et que son activité avait pour but de tisser des liens juridiques avec d'éventuels clients, ce qui participait nécessairement à l'activité commerciale de la société étrangère. Cette obligation d'immatriculer un bureau, une succursale ou une agence a les mêmes conséquences juridiques que l'immatriculation de la société étrangère en elle-même. Il s'agit là avant tout d'une mesure de publicité

advent of EU law has made it possible to restrict the scope of recognition only to companies from a third State to the EU.

Specific obligations on foreign companies

Some obligations concern the company itself. The latter is subject to a series of obligations relating in particular to advertising, the law applicable to its status or the names of the partners. On the other hand, there is a series of obligations that directly affect the partners of the company.

The obligations on the company

Foreign legal and natural persons are subject to special rules that some authors describe as “discriminatory”.⁹⁹ Some private rights are denied to them as the right to vote. Logically, these discriminations do not take the same form for the legal persons and the foreign natural persons. In this respect, trading companies are interested in the conditions of access to certain regulated activities. Article L.122-1 of the French Commercial Code (repealed) provided that foreign companies wishing to carry on a commercial, industrial or craft activity in France must make prior declaration to the Prefect of the department where the exercise of this activity is planned.¹⁰⁰ This provision made the establishment in France subject to the granting of a specific authorisation and did not provide for the establishment established by a foreign company. As a result, the need for a trader licence was a burden on the foreign partners in name or corporate officers who, as such, were traders, and on all foreign employees of the company. On the other hand, if the social leaders did not have the status of trader, no obligation was placed on them. From now on, the company may have an establishment in France on the condition of submitting to advertising in the Trade and Companies Register.¹⁰¹ In addition, a foreign company is subject to French corporate tax for the results of transactions carried out in France in cases where it has an establishment in France, or if it carries out transactions there through representatives who do not have a separate legal entity, or if it carries out operations that are detached from those carried out abroad and form a complete business cycle, or if it participates in a site with a real autonomy or if it provides a “turn-key project”.¹⁰² Revenues from properties located in France are also subject to corporate tax pursuant to art.206-1 of the French General Tax Code which refers to “all other legal persons engaged in a business or lucrative financial transaction”. In a judgment of 30 November 2001, the Court of Appeal of Paris ruled that the liaison office opened by a company having its head office abroad constitutes a secondary establishment within the meaning of art.R.123-30 of the Commercial Code justifying the registration when this office is permanent and its activity was intended to forge legal links with potential customers, which necessarily involved the commercial activity of the foreign company.¹⁰³ This obligation to register an office,

branch or agency has the same legal consequences as the registration of the foreign company itself. This is primarily a publicity measure for third parties. Indeed, “the registration has no creative effect on the personality of the foreign company, it is conferred by the law of the State in which it was constituted”,¹⁰⁴ it is the *lex societatis* of the foreign company which confers on it the legal personality and not the measure of registration in the Trade and Companies Register. It is also the responsibility of the person designated as representative of the foreign company in France to prove that it has received the power to represent the company.¹⁰⁵ The sole inscription on the extract issued by the Office of the Commercial Court of a person as a representative in France of a foreign company does not exempt from the proof of the power of representation of that company.

Obligations on the foreign corporate officers or partners of a foreign company

Following the publication of the decrees of 2007¹⁰⁶ implementing the law of 24 July 2006, there were two regimes:

- on the one hand, the system defined in arts L.122-1 and L.122-2 of the French Commercial Code (repealed by the law No.2014-1 of 2 January 2014) for the foreigner who ran a company in France, without residing there;
- and on the other hand, the regime defined in art.L.313-10 of the Code on the Entry and Residence of Foreigners and the Right to Asylum (amended by the law No.2016-274 of 7 March 2016) for the foreigner who lives in France by holding a company or a social establishment.

In a judgment of 28 June 2002,¹⁰⁷ the Court of Appeal of Paris considered, on the basis of art.L.227-7 of the Commercial Code relating to the foreign trader card, that in the presence of a foreign legal entity Chairman of a simplified joint-stock company (French SAS) under French law, the person receiving the delegation—by decision of the corporate officers of the foreign legal entity—to run the company is obliged to obtain the foreign trader card and not the corporate officer of the foreign legal entity.

Today, the formalities to be completed by foreigners wishing to carry on a commercial, craft or industrial activity in France have been simplified by the law No.2014-1 of 2 January 2014, which repealed art.1 of the order No.2004-279 of 25 March 2004. From now on, traders, industrialists or non-European craftsmen can exercise on condition they hold a long-stay visa or a temporary residence permit authorising the exercise of a professional activity. This request is made to the Prefecture of the department of the head office of the company.

pour les tiers. En effet, « l'immatriculation n'a pas d'effet créateur sur la personnalité de la société étrangère, celle-ci est conférée par le droit de l'Etat dans lequel elle s'est constituée », c'est la *lex societatis* de la société étrangère qui lui confère la personnalité morale et non pas la mesure d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés. Il appartient en outre à la personne désignée comme représentante de la société étrangère en France de rapporter la preuve qu'elle a bien reçu le pouvoir de représenter celle-ci. La seule inscription sur l'extrait délivré par le greffe du tribunal de commerce d'une personne en qualité de représentant en France d'une société étrangère ne dispense pas de rapporter la preuve du pouvoir de représentation de cette société.

Les obligations pesant sur les dirigeants ou associés étrangers d'une société étrangère

Suite à la publication des décrets de 2007 de mise en application de la loi du 24 juillet 2006, il existait deux régimes :

- d'une part, le régime défini aux arts L. 122-1 et L. 122-2 du Code de commerce (abrogés par la Loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014) pour l'étranger qui dirige une société en France, sans y résider ;
- et d'autre part, le régime défini à l'art.L. 313-10 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile pour l'étranger qui dirige en résidant en France une société ou un établissement social.

Dans un arrêt du 28 juin 2002, la Cour d'appel de Paris a considéré, sur le fondement de l'art.L. 227-7 du Code de commerce relatif à la carte de commerçant étranger, qu'en présence d'une personne morale étrangère présidente d'une société par actions simplifiées de droit français, est tenue d'obtenir la carte de commerçant étranger, non le dirigeant légal de la personne morale étrangère, mais la personne délégataire, par décision des représentants légaux de la personne morale étrangère, du pouvoir de diriger ou d'engager à titre habituel la SAS.

Aujourd'hui, les formalités à remplir par les étrangers souhaitant exercer une activité commerciale, artisanale ou industrielle en France ont été simplifiées par la Loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014, qui a abrogé l'art.1 de l'Ordonnance n° 2004-279 du 25 mars 2004. Désormais les commerçants, industriels ou artisans non-européens peuvent exercer à condition d'être titulaires d'un visa long séjour ou d'une carte de séjour temporaire autorisant l'exercice d'une activité professionnelle. Cette demande se fait à la Préfecture du département du siège social de la société.

CONCLUSION

La reconnaissance internationale des sociétés étrangères est largement tributaire du droit international et du droit de l'UE en particulier. La question de la reconnaissance des sociétés a très tôt préoccupé les Etats qui voulaient faire en sorte que les meilleures conditions soient réunies pour assurer un développement serein de leurs sociétés commerciales. En outre, reconnaissance et jouissance des droits par une société étrangère sont des questions interdépendantes et indissociables : la reconnaissance conditionne l'étendue de la capacité juridique des sociétés étrangères reconnues. Longtemps espérée et attendue tant par la jurisprudence que la doctrine, la loi du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit est enfin venue, discrètement, abroger la loi de 1857 permettant ainsi une reconnaissance de plein droit de toutes les sociétés étrangères. Solution heureuse pour toutes les sociétés étrangères de capitaux même si l'absence totale de dispositions réglementant l'admission à exercer une activité commerciale a été justement critiquée en doctrine. La question de l'exercice des droits pour une société étrangère est désormais limitée uniquement par les incapacités spéciales prévues par la loi de l'Etat d'implantation de la société étrangère. Celle-ci peut donc exercer une activité légalement — dans les limites prévues par sa *lex societatis* — à l'exclusion des matières réglementées ou interdites aux sociétés étrangères, à partir du moment où elle respecte les règles impératives du droit français et les dispositions relatives aux sociétés étrangères. Certaines règles ont une importance considérable et leur respect par les sociétés étrangères s'impose, il en est ainsi des règles relatives à la publicité ou à la protection des tiers. On constate également que le développement du droit de l'UE et la position libérale de la Cour de justice ont considérablement affaibli le champ de la reconnaissance d'une société étrangère par les Etats membres de l'Union européenne. Sur ce point, la conclusion d'une convention internationale entre les Etats membres est devenue inutile : la Cour de justice par son interprétation extensive et une application directe de l'art.54 TFUE a permis une reconnaissance mutuelle des sociétés issues d'un Etat membre souhaitant exercer une activité, à titre principal ou secondaire, dans un autre Etat membre. L'article 54 TFUE devient le pilier de la reconnaissance en droit de l'UE. Les effets directs de cette jurisprudence sont que la reconnaissance internationale ne concerne désormais que les sociétés commerciales issues des Etats tiers à l'Union européenne.

CONCLUSION

International recognition of foreign companies is largely dependent on international law and EU law in particular. The question of recognition of companies has very early pre-occupied most States which wanted to ensure that the best conditions are met to ensure a peaceful development of their trading companies. In addition, recognition and enjoyment of rights by a foreign company are interdependent and inseparable issues: recognition conditions the extent of the legal capacity of recognised foreign companies. Long awaited and expected by both jurisprudence and doctrine, the law of 20 December 2007 on the simplification of the law finally came, discreetly, repeal the law of 1857 allowing full recognition of all foreign companies. Appropriate solution for all foreign capital companies even if the total absence of provisions regulating the admission to exercise a commercial activity was rightly criticised in doctrine.¹⁰⁸ The question of the exercise of rights for a foreign company is now limited only by the special disabilities provided for by the law of the State of establishment of the foreign company. The latter can therefore exercise an activity legally—within the limits provided by its *lex societatis*—excluding regulated or prohibited activities, as long as it complies with the mandatory provisions of French law and the provisions relating to foreign companies. Certain rules are of considerable importance and their respect by foreign companies is essential, as are the rules relating to publicity measures or the protection of third parties. We also note that the development of EU law and the liberal position of the Court of Justice have considerably weakened the scope of the recognition of a foreign company by Member States of the EU. On this point, the conclusion of an international convention between the Member States has become unnecessary: the Court of Justice by its extensive interpretation and direct application of art.54 TFEU has allowed mutual recognition of companies from a Member State wishing to carry on an activity, primarily or secondarily, in another Member State. Article 54 TFEU becomes the pillar of recognition in EU law. The direct effects of this case law are that international recognition now only concerns companies from third States to the EU.

Notes

1. B. Audit, *Droit international privé*, 6th edn (Paris: Corpus droit privé, Economica, 2010).

2. The law of 30 May 1857 was born following a dispute between Belgium and France about the recognition of the legal personality of a French public limited company. In a judgment of 10 February 1849, the Belgian Court of Cassation refused to recognise the legal personality of a French public limited company. This law consisted of two articles: "Article 1: Public limited companies and other commercial, industrial or financial associations which are subject to the authorisation of the Belgian Government and which have obtained it, can exercise all their rights and sue in France, conforming to the laws of the Empire. Article 2: An imperial decree issued by the Council of State may apply to all other countries the benefit of Article 1".

3. Law No.2007/1787 of 20 December 2007 relative to the simplification of the Law, JORF No.0296, 21 December 2007 p.20639.

4. L. Lévy, *La nationalité des sociétés* (thesis Paris: LGDJ, 1984), p.51.

5. H. Synvet, *Rép.int. Dalloz*, "Société", No.13.
6. B. Goldman, "Le projet de convention entre les États membres de la CEE sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales" in *Rabels Zeitschrift* (1967), p.205. For the author, "this means, for example, before designating, according to French private international law, the law which will govern the operation of a company incorporated in Germany, it will be necessary to decide whether such a company may or may not be considered, in France, as being able to hold rights and obligations".
7. P. Mayer and V. Heuzé, *Droit international privé*, 10th edn collection Domat droit privé (Paris: Montchrestien, 2010), see Nos 1035 and 1053.
8. Court of Appeal of Rennes, 8 July 1981, *Rev. crit. DIP* 1982, p.87, briefing note P. Mayer.
9. M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, 3rd edn collection Domat droit privé (Paris: Montchrestien, 2011), No.54.
10. J. Béguin, "Un texte à abroger: la loi sur la reconnaissance internationale des sociétés anonymes étrangères" in *Mélanges C. Champaud* Paris: Dalloz, 1997), p.1.
11. H. Synvet, *Rép.int. Dalloz*, "Société" No.16.
12. H. Batiffol and P. Lagarde, *Droit international privé* vol.1, 8th edn (LGDJ, 1993), No.200 p.351. In the same way: French Court of Cassation, 2nd Civil Chamber, 28 January 1954, *Dalloz* 1954, briefing note Levasseur.
13. H. Batiffol and P. Lagarde, *Droit international privé* vol.1, 8th edn (LGDJ, 1993), No.200 p.351.
14. Niboyet, *Cours de droit international privé*, 2nd edn (Paris: Sirey, 1949), No.356 p.319.
15. Y. Loussouarn and M. Trochu, *Jcl. sociétés*, fasc. No.28-60, No.9.
16. Ripert and Roblot (updated by M. Germain), *Traité de droit commercial* vol.I, 19th edn (Paris: LGDJ, 2009), 994 p., see No.1146 p.126.
17. M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés* 3rd edn collection Domat droit privé (Paris: Montchrestien, 2011), No.55.
18. M. Menjucq, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen* (Paris: LGDJ, 1997), No.56.
19. French Court of Cassation, Criminal Chamber, 12 November 1990; French Court of Cassation, 1st Civil Chamber, 25 June 1990, *Rev. crit. DIP* 1991, p.667, briefing note G. Khairallah; French Court of Cassation, Commercial Chamber, 15 November 1994, *Bull. civ. IV*, No.335; *Dalloz* 1995, p.1; French Court of Cassation, Commercial Chamber, "Bicigui", 8 July 2003, *Bull. civ. IV*, No.121; *Bull. Joly* 2003, p.1179, briefing note M. Menjucq.
20. Batiffol and Lagarde, *Droit international privé* vol.1, 8th edn (LGDJ, 1993).
21. Court of Appeal of Paris, 7 September 1994, *Dalloz* 1994, p.244.
22. Batiffol and Lagarde, *Droit international privé* vol.1, 8th edn (LGDJ, 1993), No.200 p.352.
23. Niboyet, *Traité de droit international privé français* vol.II (Sirey, 1951), No.798; Batiffol and Lagarde, *Droit international privé* vol.1, 8th edn (LGDJ, 1993), vol.1 No.201.
24. Belgian Court of Cassation, 8 February 1849, *Pasicrisie*, 1849. 1. 221.
25. The need for an authorisation has since disappeared in Belgium and France, but the Law of 1857 remains applicable to public limited companies regardless of their nationality. It should be pointed out that the Belgian law of 14 March 1855 was replaced by a law of 18 May 1873 (now art.196 of the Coordinated Laws on Commercial Companies: "Public limited companies and other commercial, industrial or financial associations incorporated and having their head office in a foreign country may do their business and sue in Belgium") which automatically and without reciprocity recognises "public limited companies and other commercial, industrial or financial associations incorporated and having their seat in a foreign country". See F. Rigaux and M. Fallon, *Droit international privé* vol.II (Larcier: collection Précis Law School, Louvain Catholic University, 1993), No.1579.
26. Batiffol and Lagarde, *Droit international privé* vol.1, 8th edn (LGDJ, 1993), No.201.
27. Niboyet, *Traité de droit international privé français* vol.II (Sirey, 1951), No.805. This author listed 19 collective decrees of application taken from 1859 to 1924: including the decree of 8 September 1860 concerning Italian companies, the decree of 27 February 1861 concerning companies from Luxembourg, the Decree of 22 July 1863 concerning Dutch companies.
28. D. Bureau and H. Muir Watt, *Droit international privé* vol.II special part, 2nd edn coll. Thémis droit (Paris: PUF, 2010), 523 p., No.1047, p.444.
29. Batiffol and Lagarde, *Droit international privé* vol.1, 8th edn (LGDJ, 1993), No.201.
30. D. Bureau and H. Muir Watt, *Droit international privé* vol.II special part, 2nd edn coll. Thémis droit (Paris: PUF, 2010), 523 p., No.1046.
31. Loussouarn and Bredin, *Droit du commerce international* (Sirey, 1969), No.287 p.315.
32. Court of Appeal of Rennes, 8 July 1981, *Rev. crit. DIP* 1982, p.81, briefing note P. Mayer.
33. Goldman, A. Lyon-Caen and L. Vogel, *Droit commercial européen*, 5th edn précis Dalloz (ed) (Paris: Dalloz, 1994), No.71 p.92.
34. J. Béguin, "Un texte à abroger: la loi sur la reconnaissance internationale des sociétés anonymes étrangères", in *Mélanges C. Champaud* (Paris: Dalloz, 1997), No.13 p.6.
35. Batiffol and Lagarde, *Traité de droit international privé* vol.1, 8th edn (LGDJ, 1993), No.201 p.237.
36. Batiffol and Lagarde, *Traité de droit international privé* vol.1, 8th edn (LGDJ, 1993), No.200 p.235. These authors underline "the verbal character, unless it is intentionally repressive, of the negation of the reality that constitutes the activity of a company through the negation of its legal personality". These authors add that "the negation of a reality is not a good legal method, or even simply intellectual. Protection against the activity of foreign companies can therefore be effected by the refusal of rights that we do not want them to exercise, if necessary by the need for authorisation to act in France, failing which criminal sanctions would be incurred".

37. French Court of Cassation, Chamber of Requests, 1 August 1960, *Sirey* 1960.I.865.
38. Court of Appeal of Aix-en-Provence, 3 July 1952, *Rev. crit. DIP* 1953, p.842.
39. H. Synvet, *Rép.int. Dalloz*, "Société" No.18.
40. B. Goldman, A. Lyon-Caen and L. Vogel, *Droit commercial européen*, 5th edn (Paris: Dalloz, 1994), p.91 No.70.
41. French Court of Cassation, 1st Civil Chamber, 26 November 1975, *Bull. civ. I*, No.345, *Rev. sociétés* 1976, p.528, briefing note J.-L. Bismuth.
42. French Court of Cassation, Commercial Chamber, 5 December 1989; French Court of Cassation, Criminal Chamber, 12 November 1990; French Court of Cassation, 1 Civil Chamber, 25 June 1991, *Rev. crit. DIP* 1991, p.667, briefing note G. Khairallah.
43. French Court of Cassation, Commercial Chamber, 5 December 1989; French Court of Cassation, Criminal Chamber, 12 November 1990; French Court of Cassation, 1 Civil Chamber, 25 June 1991, *Rev. crit. DIP* 1991, p.667, briefing note G. Khairallah.
44. French Court of Cassation, Commercial Chamber, 5 December 1989; French Court of Cassation, Criminal Chamber, 12 November 1990; French Court of Cassation, 1 Civil Chamber, 25 June 1991, *Rev. crit. DIP* 1991, p.667, briefing note G. Khairallah.
45. J. Béguin, "Un texte à abroger: la loi sur la reconnaissance internationale des sociétés anonymes étrangères" in *Mélanges C. Champaud* (Paris: Dalloz, 1997), No.18 p.8.
46. French Court of Cassation, 1 Civil Chamber, 25 June 1991, *Rev. crit. DIP* 1991, see p.674, briefing note G. Khairallah; F. Vinckel, "La capacité des sociétés et le droit au procès équitable" *Bull. Joly* 2002 p.192.
47. *Bull. civ. IV*, No.335; *Dalloz* 1995 p.1.
48. French Court of Cassation, Commercial Chamber, 8 July 2003, *Bull. civ. IV*, No.121; *Bull. Joly* 2003, p.1179, briefing note M. Menjuq.
49. H. Synvet, *Rép.int. Dalloz*, "société" No.20. In a judgment of 16 December 1997, the European Court of Human Rights ruled that the denial of legal personality to a Greek Catholic church infringes its right to a court. See European Court of Human Rights, 16 December 1997, "*The Canea Catholic Church v Greece*", *Rec. 1997-VIII*, No.60, p.2843.
50. H. Synvet, *Rép.int. Dalloz*, "Société" No.21.
51. Report of the French Court of Cassation for 2003, "L'égalité", p.16. In this way, J. Béguin, above-mentioned article. Contra: French Court of Cassation, Commercial Chamber, 8 July 2003, *Dalloz* 2004, p.692, briefing note G. Khairallah.
52. Article 27, II, 4^o of the law No.2007-1787 of December 2007, *JORF NO.0296*, 21 December 2007, p.20639.
53. M. Menjuq, *Droit international et européen des sociétés*, 3rd edn collection Domat droit privé (Paris: Montchrestien, 2011), No.61.
54. R. Crône, "Reconnaissance des sociétés étrangères en France: une simplification attendue", *Defrénois* No.14/08, No.18807, p.1546.
55. D. Bureau, "Feu la loi du 30 mai 1857", *Rev. crit. DIP* 2008, No.1 p.161.
56. *Travaux de la Commission de réforme du Code civil*, 1949-1950, vol.IV, mentioned by J. Béguin, "Un texte à abroger: la loi sur la reconnaissance internationale des sociétés anonymes étrangères" in *Mélanges C. Champaud* (Paris: Dalloz, 1997).
57. R. Crône, "Reconnaissance des sociétés étrangères en France: une simplification attendue", *Defrénois* No.14/08, No.18807 p.1546, see No.12.
58. Judgment of the Court of Justice, *Überseering BV v Nordic Construction Co Baumanagement GmbH (NCC)* (C-208/00) EU:C:2002:632, *Rev. crit. DIP* 2003, p.509, briefing note Lagarde; *Rev. crit. DIP* 2003, p.1, T. Ballarino; *JCP* 2003. II. 1032, briefing note M. Menjuq.
59. Judgment of the Court of Justice, *Centros Ltd v Erhvervs- og Selskabsstyrelsen* (C-212/97) EU:C:1999:126; Judgment of the Court of Justice, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v Inspire Art Ltd* (C-167/01) EU:C:2003:512.
60. B. Audit, *Droit international privé*, 6th edn (Paris: Corpus droit privé, Économica, 2010), No.1124.
61. This phenomenon of law shopping by companies has led some Member States to reconsider their position on the real-seat as a connecting factor for companies. Germany and Austria, States traditionally devoting the real-seat, have turned to the statutory seat for the incorporation of capital companies.
62. Judgment of the Court of Justice, *Überseering BV v Nordic Construction Co Baumanagement GmbH (NCC)* (C-208/00) EU:C:2002:632, *Rev. crit. DIP* 2003, p.509, briefing note Lagarde; *Rev. crit. DIP* 2003, p.1, T. Ballarino; *JCP* 2003. II. 1032, briefing note M. Menjuq.
63. Judgment of the Court of Justice, *Überseering BV v Nordic Construction Co Baumanagement GmbH (NCC)* (C-208/00) EU:C:2002:632, *Rev. crit. DIP* 2003, p.509, briefing note Lagarde; *Rev. crit. DIP* 2003, p.1, T. Ballarino; *JCP* 2003. II. 1032, briefing note M. Menjuq.
64. H. Synvet, *Rép.int. Dalloz*, "Société" No.22.
65. German Federal Court, 13 March 2003, *NJW* 2003, p.1461.
66. B. Goldman, A. Lyon-Caen and L. Vogel, *Droit commercial européen*, 5th edn (Paris: Précis Dalloz, Dalloz, 1994), No.71 p.92.
67. B. Audit, *Droit international privé*, 6th edn (Paris: Corpus droit privé, Économica, 2010), No.1125 and 1065.
68. Batiffol and P. Lagarde, *Traité de droit international privé* vol.II, 8th edn (LGDJ, 1993), No.202.
69. B. Audit, *Droit international privé*, 6th edn (Paris: Corpus droit privé, Économica, 2010), No.1065.
70. Principle of the assimilation of legal persons to natural persons laid down by the judgment of the Civil Chamber of the Court of Cassation of 27 July 1948, "*Lefait*", *Dalloz* 1948, p.535 ; *RC* 1949, p.75, briefing note H. B.; *Grands arrêts* No.20. The company can also invoke the right to honor: Court of Cassation, 2nd Civil Chamber, 5 July 2000, *Cont. conc. cons.* February 2001, No.21, observations Lepage; for home invasion, see: Court of Cassation, 23 May 1995, *RTD civ.* 1996, p.130, observations Hauser; for invasion of privacy, see: C.A. Aix, 10 May 2001, *Dalloz* 2002, p.2300, observations Lepage; contra: Court of Appeal of Paris, 17 March 2004, *Bull. Joly* 2004, p.1237.

71. For the recognition of the literary and artistic property rights of foreign companies, see: Court of Appeal of Paris, *JCP N* 1976, 2, 18297, briefing note Greffe; *DS* 1976, p.104, briefing note Desbois; for the right to sue for moral damage, see: Court of Cassation, Commercial Chamber, 6 November 1979, *DS* 1980, p.416, observations Larroumet; Court of Cassation, Commercial Chamber, 6 January 1987, *DS* 1988, p.211.

72. Court of Cassation, Civil Chamber, 22 December 1959, “*Fox Europa*”, *Dalloz* 1960, p.93, briefing note G. Holleaux; *JDI* 1961, p.420, briefing note Goldman.

73. Article 11 of the French Civil Code provides that “The foreigner shall enjoy in France the same civil rights as those which are or will be granted to the French by the treaties of the nation to which this foreigner belongs”. For its part, art.L.145-13 of the French Commercial Code (repealed by the law of 2 January 2014) provided that “subject to the provisions of the law of 28 May 1943 relating to the application to foreigners of the laws on leases and farm leases, the provisions of this section (relating to the renewal of the commercial lease) may not be invoked by traders, industrialists or persons of foreign nationality registered in the employment repertoire, acting directly or by person interposed, unless, during the wars of 1914 and 1939, they fought in the French or allied armies, or had children having the quality of French. The preceding paragraph shall not apply to nationals of a Member State of the European Community or of a State Party to the Agreement on the European Economic Area”. In certain cases, French law deprives foreign companies of certain rights granted to French companies. Article L.145-3 of the French Commercial Code (repealed by the law of 2 January 2014) deprived foreign companies of the right to commercial property, or access to intellectual property. Thus, pursuant to art.L.611-1 para.3 of the French Intellectual Property Code, foreign companies enjoy the protection of their patents in France only if the French enjoy reciprocal protection in the countries of which they are nationals.

74. French Council of State, Plenary Assembly, 29 June 1973, “*Compagnie des Wagons Lits*”, *Grands arrêts* No.53, p.487; *Rev. crit. DIP* 1974, p.344, conclusions Questiaux; *Clunet* 1975, p.538, briefing note M. Simon-Depitre; *Dr. soc.* 1976, p.50, observations J. Savatier; *Rev. soc.* 1976, p.663, briefing note Bismuth; H. Batiffol and P. Lagarde, *Traité de droit international privé* vol.II, 8th edn (LGDJ, 1993).

75. S. Clavel, *Droit international privé* (Paris: Hypers cours, Dalloz, 2009), see No.829 and 830.

76. H. Batiffol and P. Lagarde, *Traité de droit international privé* vol.II, 8th edn (LGDJ, 1993), see No.202.

77. French Court of Cassation, Labor Chamber, 21 July 1958, *Rev. crit. DIP* 1959, p.288, briefing note Simon-Depitre.

78. As defined by Batiffol and Lagarde in *Traité de droit international privé* vol.II, 8th edn (LGDJ, 1993), No.186.

79. H. Batiffol and P. Lagarde, *Traité de droit international privé* vol.II, 8th edn (LGDJ, 1993), see No.202.

80. H. Batiffol and P. Lagarde, *Traité de droit international privé* vol.II, 8th edn (LGDJ, 1993), see No.202.

81. French Council of State, 21 December 1994, *Rev. crit. DIP* 1995, p.291.

82. B. Goldman, A. Lyon-Caen and L. Vogel, *Droit commercial européen*, 5th edn (Paris: Précis Dalloz, Dalloz), 1994, No.71.

83. J. Derruppé, *Droit international privé* (Paris: Mémento Dalloz, 1999), p.54.

84. L. Lévy, *La nationalité des sociétés* (Paris: LGDJ, 1984), 319 p., see No.37.

85. Y. Loussouarn and M. Trochu, *Jcl. sociétés*, fasc. 28-60, No.66.

86. H. Batiffol and P. Lagarde, *Traité de droit international privé* vol.II, 8th edn (LGDJ, 1993); Y. Loussouarn and P. Bourel, *Droit international privé*, 9th edn (Paris: Dalloz, 2007), No.714 p.978.

87. French Court of Cassation, 1st Civil Chamber, 21 March 1966, *Rev. crit. DIP* 1966, p.670, briefing note M. Ponsard; *JDI* 1967, p.380, briefing note J.-D. Bredin; *Dalloz* 1966, p.429, briefing note Ph. Malaurie; *Grands Arrêts* No.43.

88. French Court of Cassation, 1st Civil Chamber, *Rev. crit. DIP* 2006, p.870, briefing note H. Gaudemet-Tallon; *JDI* 2006, p.1377, briefing note C. Chalais; *JCP* 2006, II, 10134, briefing note P. Callé; *Dalloz* 2006, p.1846, B. Audit. See also our study, “Conflicts of jurisdiction as regards trading companies in French private international law” [2014] *I.B.L.J.* 1, 55.

89. Dicey and Morris by L. Collins, *Conflicts of Laws*, 14 edn (London: Sweet and Maxwell, 2000), p.1134. According to this author, the capacity of a company to conclude a convention is governed both by the internal status of the company and by the law of the State which governs the convention in question.

90. M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, 3rd edn collection Domat droit privé (Paris: Montchrestien, 2011), No.80.

91. H. Synvet, *Rép.int. Dalloz*, “Société”, No.119.

92. Judgment of the Court of Justice, *Überseering BV v Nordic Construction Co Baumanagement GmbH (NCC)* (C-208/00) EU:C:2002:632, *Rev. crit. DIP* 2003, p.509, briefing note Lagarde; *Rev. crit. DIP* 2003, p.1, T. Ballarino; *JCP* 2003, II, 1032, briefing note M. Menjucq.

93. French Court of Cassation, Labor Chamber, 3 March 1988, *JDI* 1989, p.78, briefing note M.-A. Moreau-Bourlès; *Rev. crit. DIP* 1989, p.63, briefing note G. Lyon-Caen.

94. French Council of State, 23 June 1973, “*Syndicat général du personnel de la Compagnie des Wagons-lits*”, *Rev. crit. DIP* 1974, p.344, concl. N. Questiaux; *Dr. soc.* 1976, p.50, briefing note J. Savatier; *JDI* 1975, p.538, briefing note M. Simon-Depitre; *Rev. soc.* 1976, p.663, briefing note Bismuth. This company under Belgian law argued precisely for this connection to escape the application of the French rules concerning the representation of employees within a Works Council. The French Council of State did not accept the argument that the company was Belgian and therefore not subject to these French mandatory rules. These are mandatory laws applicable to any company carrying on business in France. See also French Court of Cassation, Labor Chamber, 19 March 1986, *Rev. crit. DIP* 1987, p.554. In this judgment, the Labor Chamber of the Court of Cassation ruled in the same direction by imposing on a company compliance with Article L. 412-2 of the French Labor Code which imposes the designation of a central delegate from the Works Council.

95. Article 7 para.2 of the Rome Convention allows the application of the *lex fori* as mandatory rules.

96. French Court of Cassation, Labor Chamber, 18 March 1999, *CPAM Haute-Savoie v SA Unic Mann*, *Bull. Joly sociétés* 1999, p.1205, briefing note M. Menjucq. In the present case, the Court of Cassation decided that the nationality and place of residence of the taxable person as well as the

employer are not decisive factors. Consequently, the foreign nationality of the company and the location of its head office in another State are not elements exempting the directors of the company from the subjection to the French social security system.

97. P. Mayer and V. Heuzé, *Droit international privé* collection Domat droit privé, 10th edn (Paris: Montchrestien, 2010), No.1053.

98. P. Mayer and V. Heuzé, *Droit international privé* collection Domat droit privé, 10th edn (Paris: Montchrestien, 2010), No.1035.

99. P. Mayer and V. Heuzé, *Droit international privé* collection Domat droit privé, 10th edn (Paris: Montchrestien, 2010), No.1057.

100. The law of 24 July 2006 on immigration and integration has removed the requirement to obtain a foreign trader licence. However, certain activities may only be carried out in France if the company has prior authorisation, for example in the case of private security services even on a one-off basis. Article L.122-1 of the French Commercial Code has been repealed by the Law No.2014-1 of 2 January 2014.

101. Y. Loussouarn, P. Bourel and P.de Vareilles-Sommières, *Droit international privé* collection Précis droit privé (Paris: Dalloz, 2007), see No.715.

102. J.-M. Mousseron, J. Raynard, R. Favre and J.-L. Pierre, *Droit du commerce international* (ed) (Paris: Litec, 1997), see No.161, p.111.

103. Court of Appeal of Paris, 3rd Chamber, s.C, 30 November 2001, *Bull. Joly sociétés*, briefing note J.-M. Bahans, p.406.

104. Court of Appeal of Paris, 3rd Chamber, s.C, 30 November 2001, *Bull. Joly sociétés*, briefing note J.-M. Bahans, p.406.

105. Court of Appeal of Versailles, 11 April 1996, *Bull. Joly sociétés* 1996, p.705; *Rev. soc.* 1996, somm., p.597.

106. Decree No.2007-1141 of 26 July 2007 whose provisions are inserted in arts D.122-1 to D.122-4 of the French Commercial Code; Decree No.2007-912 of 15 May 2007 whose provisions are contained in arts R.313-3-1, R.313-16 onwards, R.313-36-1 of the Code of Entry and Residence of Foreigner and the Right of Asylum (CESEDA).

107. Court of Appeal of Paris, 3rd Chamber, s.C, 28 June 2002, *Dalloz* 2002, A.J., p.2608.

108. R. Crône, "Reconnaissance des sociétés étrangères en France: une simplification attendue", *Defrénois* No.14/08, No.18807, p.1546.

STUDY

INSOLVENCY AND BANKRUPTCY CODE OF INDIA: THE PAST, THE PRESENT AND THE FUTURE

Krati RAJORIA*

 Corporate insolvency; India; Legal history

Doing business in the form of a company has always been the best option as it gives an opportunity to the members to limit their liabilities. The corporate personality doctrine grants the company certain rights and liabilities. But if the liabilities on the assets of the company exceed its income then the company may at times even collapse. In order to give such companies an option to revive themselves there were several laws in force in India. The Indian insolvency resolution regime underwent a complete overhaul consolidating several pre-existing laws and providing a single law for insolvency and bankruptcy-related matters. In May 2016, the Indian Parliament enacted the Insolvency and Bankruptcy Code 2016 (IB Code) that became effective in December 2016. The IB Code 2016 covers the insolvency resolution process as well as the liquidation process for individuals and corporate debtors. This paper seeks to critically analyse the new law and its applicability in the last year of its enforcement, in the light of past lessons and series of reforms, to ascertain the effectiveness and future prospects of the reformed insolvency law in India.

The paper is compartmentalised into six parts. Firstly, the Introduction. Then details of the history of the evolution of insolvency and bankruptcy reforms in India analysing its impact. The third part gives a bird's eye view of the IB Code stating

reasons for its enactment and highlighting its main features and challenges in its proper implementation. There is then a discussion of the moratorium period given under IB Code s.14, its relevance and a detailed account of the nature of this "calm period" (directory or mandatory in nature). The ramifications of IB Code, future of sick companies after dissolution of BIFR and the effectiveness of the insolvency resolution process are also discussed. Finally, there is the conclusion.

INTRODUCTION

From time immemorial, capital and debt markets have been the foundation of the Indian economy. They created a comfortable speciality for small industries, large corporations and even MNCs to establish their business in India. Reputed banks finance the debt market by adopting exceptionally proficient banking measures under the aegis of the Central Bank, RBI.

On the premise of credit shortcoming and feasibility for acknowledgment of the debts, the assets are arranged basically into two classes: Standard Assets and Non-performing Assets:

"Standard Assets are assets in which there has been timely payment of interest and installments. Non-performing Asset is defined as an asset whose interest or principal is overdue for a period of one hundred

* Assistant Professor, Amity Law School, Amity University Madhya Pradesh, India. Contact: rajoria88@gmail.com.

eighty days or more from the due date of contract between the lender and borrower.”¹;

The data asymmetry existing among banks with regard to credit facilities, deteriorating industries and fraudulent practices engaged by the industrialists have encouraged the creation of “bad loans” or “stressed assets” or “non-performing assets” (NPA).² When the company becomes bankrupt, the banks are left with no other option but to write off the loans. Throughout the years, this heaping up of NPAs bottlenecked development of the economy. Ensuing to which, the Government passed two major statutes to recoup the debts—the Recovery of Debts Due to Banks and Financial Institutions Act 1993 (DRT Act) and Securitisation of Assets and Reconstruction of Financial Assets and Enforcement of Security Interests Act 2002 (SARFAESI Act 2002) to recover the bad loans. The passing of these two enactments enhanced the level of debt recovery process in India as enforcement of security interest created in favour of the creditor is now possible without the interference from the courts, with the drawback that this mechanism only provides relief to secured creditors.

Despite the legal machinery set up, there were still a large number of cases where the corporate debtors did not repay their debts. Acknowledging this situation, with the aim of achieving a better ranking in the World Bank’s *Ease of Doing Business*, after years of battling the Government finally brought the Insolvency and Bankruptcy Code 2016 (IB Code) subsuming around 13 existing laws (IB Code 2016 repealed two legislations and amended 11) with the aim of significant worth expansion and accelerating the debt recovery process.

In the present situation, creditors (Financial/Operational) have numerous alternatives to recover debts. The IB Code gives an extra alternative to resolve insolvency. The first case in India under the IB Code was filed by ICICI Bank against Innoventive Industries Ltd. The applicant of insolvency resolution process is also required to propose a plan for resolution, however, regardless of the resolution process applicant, the resolution plan requires the sanction of financial creditors constituting the committee of creditors. Another imperative part of the Code is that it gives criteria for establishing that default has been made (under Companies Act 1956/2013, the only

criteria given was the inability to pay debts to the corporate debtor) i.e. Rs. 1 Lakh. This gives a chance to the defaulting corporate debtor to think of alternative solutions in the initial phase of default preventing accumulation of default amount to risky extents. Secondly, unless totally avoidable, the corporate debtor is kept from defaulting as a result of dread of losing control over the company. This will diminish the frequency of default and swelling of NPAs.

The second case is of Bharati Defence and Infrastructure Ltd against which Edelweiss Asset Reconstruction Co filed insolvency resolution process in the National Company Law Tribunal (NCLT) under the IB Code to pre-empt winding-up petitions by unsecured creditors. This step by Edelweiss has been possible due to the repeal of SICA that dissolved the Board for Industrial and Financial Restructuring (BIFR). Though recently, Bharati Defence and Infrastructure (formerly Bharati Shipyard) has been given support by the creditors, led by Edelweiss BSE 0.46% Asset Reconstruction Co, as they have proposed a revival package under the IB Code 2016.³

In view of the above background, the principal objective of the paper is to throw light on the following: first, the difficulties that would be faced by the new Bankruptcy Code in its implementation in its transition phase; secondly, since it states timelines for speedy insolvency resolution processes and the responsibility of drafting and submitting the resolution plan is on the applicant of the resolution process, does it provide a reasonable chance to the corporate debtor to rehabilitate and restore itself or is it absolutely helpless and dependent on the committee of creditors (the financial creditors); thirdly, has the passing of this Code made companies like Bharati Development & Infrastructure Ltd defenseless and vulnerable to liquidation applications from even operational/unsecured creditors. The researcher concludes that a productive insolvency resolution system will, in advance, give an opportunity to the creditors to take steps before the situation becomes uncontrollable and pre-empt such emergencies in the future. This has also been stated by the Chairman of Insolvency and Bankruptcy Board of India (IBBI) Mr M. S. Sahoo but the researcher at the same time, also concludes that to address the existing NPA piling up problem, it must be resolved separately by establishing and developing a distressed asset trading market in India.

World Bank provides ten objective parameters to determine the ease of doing business in different countries, out of which insolvency is one of the parameters. India's last year's ranking was poor in most of the parameters at 136 among 190 countries in the recent World Bank "Doing Business" report because of its low recovery rate and tedious insolvency resolution process.⁴ This ranking has improved drastically from 136 to 100 in the last year after several Government initiatives, one such initiative being enactment and implementation of the consolidated insolvency and bankruptcy regime. India is the first such country that has shown such improvements in such a short span.

HISTORY OF THE EVOLUTION OF INSOLVENCY AND BANKRUPTCY REFORMS IN INDIA

Meaning

Insolvency can be defined as "a state that prompts one to file for bankruptcy". An entity—a person, family, or company—ends up as an insolvent when it cannot pay its loan back on time. In general, this occurs when the entity's cash flow in falls beneath its cash flow out. For individual debtors, this implies that their incomes are too low for them to pay off their debts. For companies, this implies that the money flow into the business and its assets are less than its liabilities.⁵

Bankruptcy is not precisely the same as insolvency. In fact, bankruptcy occurs when a court has determined insolvency, and given orders for its resolution. Insolvency describes circumstances where the debtor is unable to meet their commitments of repaying debts. Bankruptcy is a legal procedure through which an insolvent debtor seeks relief.⁶

The fundamental explanations behind insolvency are principally poor management and financial constraints. The following can be the reasons for the same:

- The situation of the market changes and the company did not perceive the need for change as per market requirements.
- Bad debts.

- The failure on the part of the management to acquire adequate skills, imprudent accounting practices and absence of data frameworks.
- Loss of long-term finance or lack of cash flow.
- Other reasons can be knock on effect, i.e. from other insolvencies or other factors such as exorbitant overheads and so on.

It is, however, observed that the bigger the organisation, the better the shot of survival and of getting remedial treatment and of paying creditors.

INSOLVENCY LAWS IN INDIA

The Insolvency laws in India have their origin in English Law. The provisions that dealt with insolvency law were initially found under ss.23 and 24 of the Government of India Act 1800. In 1828, a Statute was passed marking the beginning of insolvency specific legislation in India. This statute applied to Presidency towns namely Bombay, Madras and Calcutta. Then the Indian Insolvency Act 1848 was enacted that made distinction between traders and non-traders. The jurisdiction relating to insolvency was transferred to High Courts, limiting its jurisdiction to presidency towns. In 1909, the Presidency Towns Insolvency Act 1909 was passed. Till 1907, there was no legislation dealing with insolvency in non-presidency areas, therefore, in 1907, the Provincial Insolvency Act was passed which was later replaced by the Provincial Insolvency Act 1920. These two legislations continued in force until recently and were repealed by the IB Code.

As "Bankruptcy & Insolvency" is in the Concurrent List in the Indian Constitution,⁷ both Center and State Governments have power to legislate on this subject. Entry 43 of List I deals with incorporation, regulation and winding up of trading corporations, including banking, insurance and financial corporations, but not including co-operative societies whereas Entry 44 of List I deals with "incorporation, regulation and winding up of corporations, whether trading or not, with objects not confined to one State, but not including universities". Entry 32 of List II deals with "incorporation, regulation and winding up of corporations, other than those specified in

List I ...". With these powers given under the Union List, the Parliament enacted the first legislation dealing with corporate insolvency in India viz. the Companies Act 1956. However, the Act did not refer to insolvency or bankruptcy of corporates it only referred to its "inability to pay debts".⁸

The Companies (Amendment) Act 2003 proposed several changes to the provisions relating to insolvency under the Companies Act 1956. However, these could not be notified due to legal challenges. In 2013, the new Companies Act was passed introducing a number of changes in the corporate insolvency procedure most of which could not be notified for a long time. The Companies Act 2013 also introduced Ch.XIX that dealt with the revival and rehabilitation of sick companies. The idea behind the incorporation of this chapter under the company legislation was to widen the scope of revival and rehabilitation mechanism including within its scope all kinds of companies unlike SICA that only provided for rehabilitation mechanism for "sick industrial" companies. This chapter has now been repealed as the entire revival/rehabilitation procedure or mechanism of corporate debtor (or sick companies) is now covered under the IB Code.

With the globalisation of the economy, corporate insolvency has attained great significance. A need was therefore felt to bring about reforms in the sphere of insolvency laws. The main objectives for bringing about reforms in the laws of insolvency were:

- to restore the debtor company to profitable trading where it is practicable;
- to expand the return to creditors as a whole where the company itself cannot be spared;
- to build up a fair and evenhanded framework for the positioning of claims and the dispersion of assets among creditors, including a redistribution of rights;
- to give an instrument by which the causes of failure can be identified and those guilty of mismanagement brought to book;
- placement of the assets of the company under external control;
- substitution of collective action for individual pursuits; and

- evasion of certain transactions and fraudulent conveyances, dissolution and winding up etc.

Recent evolution

The present law in force on insolvency and bankruptcy in India has evolved over a period of time after the recommendations and suggestions given by different committees constituted from time to time. Some of the relevant and recent committees are as follows.

T. Tiwari Committee

In 1981, the RBI showed deep concern over blocking of huge funds and non-performing assets of sick industrial companies that led to loss in production, revenue as well as employment. To address this, a committee was constituted under the chairmanship of T. Tiwari. The committee came up with suggestions to secure the timely detection of sick and potentially sick industrial companies, speedy determination of the preventive and remedial measures and enforcement of such measures recommending the enactment of the Sick Industrial Companies (Special Provisions) Act 1985 (SICA). A Board for Industrial and Financial Reconstruction was established which failed to fulfill the purpose in the long run.

Justice V.B. Balakrishna Eradi Committee

The Tiwari Committee was followed by the recommendations of Justice V.B. Balakrishna Eradi Committee Report in 1999, setting up of a National Company Law Tribunal (NCLT in short) to be vested with the functions and power with regard to rehabilitation and revival of sick industrial companies. It also suggested amendments to be made in the Companies Act 1956 that were enacted but not notified. Other recommendations were adoption of UNCITRAL Model Law for Cross Border Insolvency; need to encourage voluntary winding up of companies and criteria of sickness of companies to include inability to pay debts.

N L Mitra Committee

In 2001, the Advisory Group on Bankruptcy Laws was constituted under the chairmanship of Dr N L Mitra. This committee was appointed by the RBI which gave several suggestions on bankruptcy

law reforms, one such significant proposal was the consolidation of all the scattered bankruptcy laws into a separate code. However, no steps were taken.

J. J. Irani Committee

Then the J.J. Irani Committee Report in 2005 was constituted to review and revise primarily Company Law and especially establish a transparent framework for insolvency and restructuring procedures of international level. The Committee recommended changes in the law to make the restructuring and liquidation process expeditious. The recommendations were directed at providing a single framework for resolving insolvency of corporates through a specialised adjudicatory authority.

Bankruptcy Law Reforms Committee (BLRC)

Headed by Mr T.K. Viswanathan, this committee's report was in two parts: The first part dealing with the rationale and design/recommendations; and the second was a comprehensive draft Insolvency and Bankruptcy Bill covering all entities. The report suggested major changes to the existing framework. The Insolvency and Bankruptcy Code 2016 is the outcome of these recommendations.

THE INSOLVENCY AND BANKRUPTCY CODE 2016: FEATURES AND CHALLENGES

There were multiple overlapping laws and adjudicating bodies dealing with corporate and individual insolvency in India. There were four major legislations that dealt with corporate insolvency: the Companies Act 1956/2013, Sick Industrial Companies (Special Provisions) Act 1985 (SICA), the Securitisation, Reconstruction of Financial Assets and Enforcement of Security Interest Act 2002 (SARFAESI) and Recovery of Debts due to Banks and Financial Institutions Act 1993 (RDBFI Act).⁹ Therefore, there were four different adjudicating bodies: the High Courts, the Company Law Board, the Board for Industrial and Financial Reconstruction (BIFR), and the Debt Recovery Tribunals (DRTs) that had overlapping jurisdiction and caused systemic delays and complexities in the process.

On the lines of Bankruptcy Code of US, India also aimed to introduce an integrated legislation on insolvency. As has already been covered above, the insolvency and bankruptcy laws in India went through series of amendments/ attempts to address the immediate problems with no element of foreseeability. The most recent attempt was the constitution of BLRC and its result in the form of the IB Code 2016.

The Code is a comprehensive insolvency legislation encompassing all companies, partnerships and individuals (other than financial firms).¹⁰ Until now, in India the process of winding up of companies was regulated by the Companies Act 1956 and was under the supervision of the court. After the enactment of the Companies Act 2013 and the enforcement of the IB Code 2016 the winding up procedure is now under the supervision of National Company Law Tribunal (NCLT).

The insolvency and bankruptcy code repealed two pieces of legislation: the Presidency Towns Insolvency Act 1909 and the Provincial Insolvency Act 1920¹¹ and amended 11 others:

Section of IB Code 2016	Amended Act	Schedule of IB Code 2016
245	Indian Partnership Act 1932	I
246	Central Excise Act 1944	II
247	Income- tax Act 1961	III
248	Customs Act 1962	IV
249	Recovery of Debts due to Banks and Financial Institutions Act 1993	V
250	Finance Act 1994	VI
251	Securitisation and Reconstruction of Financial Assets and Enforcement of Security Interest Act 2002	VII
252	Sick Industrial Companies (Special Provisions) Repeal Act 2003	VIII
253	Payment and Settlement Systems Act 2007	IX
254	Limited Liability Partnership Act 2008	X
255	Companies Act 2013	XI

One of the key highlights of the Code is the *declaration of moratorium* followed by a public

announcement. This gives an opportunity to the creditors of the company to determine the viability of a corporate debtor and agree upon a revival plan and if not revival then its speedy liquidation.

The Code also provides for *time bound speedy resolution processes*.¹² With the enactment of the Code, the ambiguities regarding overlapping of jurisdictions have been done away with. Now there is a *single authority* NCLT for corporates and DRT for individuals.¹³

The Code provides for *two-stage processes*¹⁴: the first stage is the insolvency resolution process. The application for insolvency resolution can be made by either the financial creditors, operational creditors or by the corporate debtor itself.¹⁵ To initiate the insolvency resolution process the default should be of at least Rs. 1 Lakh (which may be extended up to Rs. 1 Crore by the Government). Before the enactment of the Code, insolvency was not as such defined and the only criteria to initiate winding up procedure under the Companies Act 1956 and 2013 was the inability to pay debts of the company. The second stage is the liquidation process; in case the insolvency resolution plan does not work out or the financial creditors of the company decide to wind up the company then the liquidation procedure is followed.

The Code provides for *institutional framework*, consisting of a new regulator, i.e. the Insolvency and Bankruptcy Board of India,¹⁶ insolvency professional agencies, insolvency resolution professionals, information utilities and adjudicatory mechanisms. These are the regulators and intermediaries that will facilitate a formal and time bound insolvency resolution process and liquidation.

Though the Code has introduced new essential changes in the insolvency/liquidation regime, there are certain practical ramifications in the implementation of the Code such as balancing the interests of different categories of creditors, e.g. financial and operational, secured and unsecured etc; ensuring speedy debt recovery or winding up, whichever is feasible; management of accumulated NPAs; another hurdle can be the provisions that provide for prior consent of creditors before the insolvency professionals sell the assets of the Corporate Debtors which may pose difficulty in the proper discharge of their functions. It is yet to be seen if the safeguards provided

under the Code are sufficient in practice to serve the purpose with which it has been enacted.

THE MORATORIUM UNDER THE IB CODE 2016

A number of conflicts arise between the debtor and creditors when the debtor defaults on payments. While it is best for both parties to negotiate to maximise value, the difference in their objectives leads them to take individual action to protect their investments. It has been observed that enforcement of individual interests leads to stripping of assets of the debtor and makes the situation even more chaotic and unstable. The IB Code provides for a legal recourse to both the creditor and the debtor but now in an organised and orderly manner which would be regulated and taken care of by a neutral third party.¹⁷ Chapter II of the IB Code 2016 deals with provisions relating to corporate insolvency resolution process. Once an application for initiation of corporate insolvency resolution process is admitted the adjudication authority¹⁸ shall declare moratorium period.¹⁹ Section 14 of the Code deals with the effects of declaration of moratorium which include the prohibition of the following:

- “(a) the institution of suits or continuation of pending suits or proceedings against the corporate debtor including execution of any judgment, decree or order in any court of law, tribunal, arbitration panel or other authority;
- (b) transferring, encumbering, alienating or disposing of by the corporate debtor any of its assets or any legal right or beneficial interest therein;
- (c) any action to foreclose, recover or enforce any security interest created by the corporate debtor in respect of its property including any action under the Securitisation and Reconstruction of Financial Assets and Enforcement of Security Interest Act, 2002;
- (d) the recovery of any property by an owner or lessor where such property is occupied by or in the possession of the corporate debtor.”

The rationale behind the introduction of declaration of a moratorium or “calm period” as per the Bankruptcy Law Reforms Committee²⁰ is to provide a reasonable time for assessing the future of the company. During this time, all the creditors of the corporate debtor shall stay their claims, on one hand, giving the company a better chance to survive as a going concern and on the other, avoiding individual enforcement actions by creditors which would unnecessarily lead to chaos.

The scope and extent of the provisions relating to moratorium is uncertain as the same have not been subjected to judicial scrutiny yet. The Supreme Court in *Innoventive Industries Ltd v ICICI Bank Ltd* (2017) observed that the intent behind the moratorium was “to provide the debtors a breathing spell in which he is to seek to reorganize his business”.

The moratorium period is similar to s.22 of the SICA that provided for automatic stay of all legal proceedings against the sick company that had to undergo revival. But unlike s.22 of SICA that provided excessive protection to sick industrial companies leading to delay in winding up of such companies, the provisions relating to moratorium specify a time limit of 180 days which may be further extended by an order of the Adjudicating Authority, but not exceeding 90 days²¹ during which as mentioned above there will be stay on all creditors’ claims, Board’s powers will be suspended and the management of the company will have to report to the insolvency professional.

After the coming into force of IB Code 2016, the SICA stands repealed leaving no option for sick industrial companies to approach BIFR²² now the only option available to such corporate entities is to apply for an insolvency resolution plan under the IB Code.

Guarantors and the moratorium period under the Code

One issue that has recently come up is the liability of guarantors in cases of companies undergoing moratorium under the IB Code. In two recent cases, the appellate tribunal (NCLAT) upheld NCLT’s opinion that the moratorium should not extend to a third party, including a guarantor of a Corporate Debtor. In *Alpha & Omega Diagnostics (India) Ltd v Asset Reconstruction Co of India*

Ltd,²³ the security given to the creditor banks were the promoter’s property. The question before the NCLT²⁴ was whether the properties, other than the corporate debtor’s, would come within the meaning of moratoriums under the Code. The NCLAT held that the moratorium would not be applicable to any assets that do not belong to the Corporate Debtor as s.14(1) (c) refers to the property of the corporate debtor.²⁵ In another appeal²⁶ to NCLAT, a similar question arose regarding personal property that was given as security to the creditor. The NCLAT restated that the moratorium under the Code is only applicable to the property of the Corporate Debtor. Whereas, the Allahabad High Court in *Sanjeev Shriya v State Bank of India*,²⁷ stayed proceedings against guarantor of corporate debtor before a Debt Recovery Tribunal taking into account the purpose of the Code to ensure that the Code is practically enforced, reason being that excluding guarantors from the ambit of moratorium will make it difficult to harmonise the provisions of the Code and defeat its purpose of resolving insolvency process within a time bound mechanism. But at the same time including them would also mean that the guarantees of the corporate debtor would then be superfluous. In view of the above, it is therefore, now required that the scope of the moratorium or the calm period be determined with precision to avoid any further litigation.

To some up it can be said that the purpose of the moratorium is to stabilise the assets of the Corporate Debtor thereby giving the creditors clarity regarding the financial health of the Corporate Debtor and providing them with an opportunity to formulate a resolution plan so that it helps in maximum recovery of debts.²⁸

THE IB CODE 2016: ITS EFFECTS ON SICK COMPANIES AND THE INSOLVENCY RESOLUTION PROCESS

The first legislation that dealt with revival of sick companies in India was the Sick Industrial Companies Act 1985 which was, of course, an appreciable step but had its own flaws. One of the major drawbacks of this legislation was that it was concerned with the revival of only “industrial companies”. In the words of Arun Jaitely, the SICA experiment turned out to be an absolute failure as the revival of a company in India is a

cumbersome process defeating the very objective of revival or even liquidation. Amendments were made to the Companies Act 1956 along with the SICA (Repeal) Act 2003 which was never notified. When the Companies Act 2013 was passed an entire Ch.XIX was incorporated and devoted to “Revival and Rehabilitation of Sick Companies”. This too was not notified and after the enactment of the IB Code this chapter has now been repealed from the Companies Act 2013.

It is interesting to note that SICA overrode the RDBFI Act, SARFAESI overrode SICA providing relief to secured creditors by letting them enforce their interest without the intervention of courts and now IB Code repeals SICA. The Code has taken away the protection enjoyed by companies/borrowers or rightfully the defaulters which apparently declared their company’s net worth as eroded, keeping away all the lenders by seeking unjustifiable relief before the BIFR (s.22 discussed above). The IB Code has dissolved the BIFR making companies vulnerable to winding up petition if no implementable revival plan is finalised within the time frame provided. As the Code covers a wide range of creditor-applicants (Financial/operations/secured/unsecured), the insolvency resolution procedure can now be initiated on an applicant even from unsecured creditors unlike the old regime. The new law provides relief to all categories of creditors seeking redressal for their grievance but the ultimate power to approve (75% voting in favour) the revival plan or to go ahead with the winding up of the corporate debtor is with the financial creditors (committee of creditors). This could be considered as a positive step for companies that are honestly seeking to resolve their financial stress and for others this law can prove as a motivator to either pay up their debts or lose ownership of the company.

CONCLUSION AND SUGGESTIONS

The failure of some business plans is integral to the process of the market economy. In case of such failures, the most sensible and practical approach would be to have a speedy mechanism that would help financiers to negotiate and work out a new arrangement. If this is not a viable option, then the best outcome for the financiers, as well as the society, is liquidation. When such arrangements are made functional, the debt recovery process will work smoothly. But as has been observed from the experiences in the past it is required that the present NPA problem be addressed separately since resolving insolvency and managing non-performing assets are two inter-related but distinct issues. It is therefore suggested that the need of the hour is to develop a distressed asset trading market in India.

The IB Code no doubt has a lot of significance and relevance in the present scenario since it has overhauled the obsolete regime relating to insolvency and bankruptcy in India. It can be concluded that now we have a consolidated and comprehensive law (in the form of now existing framework for time-bound resolution for debts) that is at par with the international standards. This will go a long way in bringing an element of certainty and predictability to corporate transactions and facilitating in improving India’s ranking in World Bank’s “Doing Business” report. The prerequisite for its success will be its diligent implementation.

Since the Code is still in its nascent phase, it is expected that the Code will be made functional in such a way so as to focus more on implementing the law rather than expeditiously operationalising it.

Notes

1. The Securitisation Companies and Reconstruction Companies (Reserve Bank) Guidelines and Directions (2003), (RBI Notification No.RBI/2015-16/94) (amended on 30 June 2015). See http://rbi.org.in/SCRIPTS/BS_ViewMasCircularDetails.aspx?id=9901 [Accessed 18 December 2017].
2. Non-Performing Assets (NPAs) and Restructuring of Advances of 21 November 2012 (RBI No.RBI/2012-13/304/). See www.rbi.org.in/Scripts/NotificationUser [Accessed 18 December 2017].
3. R. Joel, “Creditors throw lifeline to help sinking Bharati. Economic Times” 11 April 2017 at http://economictimes.indiatimes.com/articleshow/58122027.cms?utm_source=contentofinterest&utm_medium=text&utm_campaign=cppst [Accessed 18 December 2017].
4. Ease of Doing Business, World Bank Group at <http://www.doingbusiness.org/rankings?region=south-asia> [Accessed 18 December 2017].
5. See <https://www.greenwaybankruptcy.com/articles/the-difference-between-insolvency-and-bankruptcy/> [Accessed 18 December 2017].

6. See <http://www.mbcindia.com/image/18%20.pdf> [Accessed 18 December 2017].
7. Entry 9 of List III of the Seventh Schedule, (art.246 –Seventh Schedule to the Constitution).
8. See s.271 of the Companies Act 1956.
9. Debt Recovery Tribunals are set up under RDDBFI Act, 1993
10. This paper only deals with corporate insolvency and will not discuss about other kinds of insolvency procedure covered by the Code.
11. Section 243 of the IB Code 2016.
12. Section 12 of the IB Code 2016.
13. Section 60 of the IB Code 2016.
14. Part II of the IB Code provides for Insolvency Resolution and Liquidation for Corporate Persons.
15. Section 6 of the IB Code 2016.
16. Section 188 of the IB Code 2016 provides for establishment and incorporation of the IBBI.
17. The neutral third party here is the insolvency resolution professional; As per s.5(27) of the IB Code 2016 “resolution professional”, for the purposes of Pt II (Insolvency resolution and liquidation for corporate persons), means “an insolvency professional appointed to conduct the corporate insolvency resolution process and includes an interim resolution professional”.
18. National Company Law Tribunal constituted under s.408 of the Companies Act 2013.
19. Section 13 of the IB Code 2016.
20. The report of the Bankruptcy Law Reforms Committee Volume I: Rationale and Design, November 2015 at http://ibbi.gov.in/BLRCReportVol1_04112015.pdf [Accessed 18 December 2017].
21. Section 12 of IB Code 2016.
22. The Board for Industrial and Financial Reconstruction established under the Sick Industrial Companies (Special Provisions) Act 1985 in 1987 to determine the sickness of industrial companies and assist in the revival of such identified units and shut down others.
23. Company Appeal (AT) (Insolvency) No.116 of 2017.
24. NCLT, Mumbai.
25. Section 4 (1)(c): “On the insolvency commencement date, the Adjudicating Authority shall by order declare moratorium for prohibiting all of the following, namely: (c) any action to foreclose, recover or enforce any security interest created by the corporate debtor in respect of its property including any action under the Securitisation and Reconstruction of Financial Assets and Enforcement of Security Interest Act, 2002”.
26. *Schweitzer Systemtek India Pvt Ltd v Phoenix ARC Pvt Ltd* Company Appeal (AT) (Insolvency) No.129 of 2017.
27. Civil Writ Petition No.30285 of 2017.
28. See <http://www.nishithdesai.com/information/news-storage/news-details/article/guarantors-and-the-moratorium-under-the-bankruptcy-code-an-on-going-battle.html> [Accessed 18 December 2017].

OPINION

LES SUBVENTIONS A L'EXPORTATION DES PRODUITS AGRICOLES : UN REGIME D'EXCEPTION A L'OMC ?

Ismaelline EBA NGUEMA

A l'issue de l'Uruguay Round, l'élaboration et la mise en œuvre de nouvelles disciplines de concurrence à l'exportation devaient assurer une meilleure régulation des marchés internationaux. S'il est vrai qu'une certaine accalmie a été observée sur les marchés internationaux durant les premières années qui précédaient l'entrée en vigueur de l'Asa, dès le début des années 2000, certains sous secteurs (coton) essentiels au développement économique et social des pays les moins avancés (PMA) ont été affectés par un recours exacerbé aux subventions à l'exportation.¹ La baisse des cours des matières premières essentielles à la constitution de recettes d'exportation de certains PMA s'est suivie d'une hausse des prix des produits alimentaires à l'internationale. En 2008, l'une des plus importantes crises alimentaires éclata.² Cette situation suscita de nombreuses interrogations quant à l'efficacité des disciplines de concurrence à l'exportation de l'Asa. Autrement dit, les normes actuelles qui régissent les subventions à l'exportation sont-elles efficaces ? Ont-elles contribué à la dérégulation du marché international des produits agricoles ?

Nombreuses sont les études qui se sont intéressées à l'efficacité des dispositions des subventions à l'exportation.

En analysant les effets des répercussions de l'Asa sur les pays en développement, Chinotti aboutit à la conclusion selon laquelle certaines de ces normes n'ont pas permis de mettre un terme à l'existence de pratiques commerciales déloyales.³ D'après Chinotti, les subventions à l'exportation sont à l'origine de certains « maux » dans le monde en développement, telles que la pauvreté et la sous-alimentation.

Agbodjan estime, quant à lui, que les normes de soutiens à l'exportation de l'Asa constituent une avancée significative par rapport à celles du Gatt 1947.⁴ Néanmoins, il constate que la souplesse des normes actuelles, cumulée à certaines lacunes et contradictions des disciplines de concurrence à l'exportation ont permis à quelques membres de contourner leurs engagements.

Les conclusions de l'étude de Shirotori sont similaires à celles des études précédentes. D'après Shirotori, les normes actuelles qui régissent les subventions à l'exportation sont peu efficaces.⁵ De fait, elles contiennent de nombreuses lacunes qui permettent à une minorité de membres de continuer à recourir à des politiques commerciales qui perturbent le marché international.

Même si Matthew ne décrypte pas les normes de soutiens à l'exportation, il aboutit à des conclusions proches des précédentes analyses. Selon l'auteur, les subventions à l'exportation continuent de déprimer et de déstabiliser les cours des marchés mondiaux des produits agricoles.⁶ En somme, les dispositions de l'Asa n'ont pas permis de mieux réglementer l'usage des soutiens à l'exportation.

Bien que cette étude s'inscrive dans la même lignée que les précédents travaux, la présente analyse se focalise sur l'efficacité des normes de soutiens à l'exportation en décryptant les dispositions les plus pertinentes à l'aune de résultats empiriques.

Par conséquent, on part du postulat que bien que les nouvelles dispositions de soutiens à l'exportation soient plus complètes que celles qui existaient sous le Gatt 1947, elles contiennent

toujours d'importantes lacunes qui permettent (en partie) de mettre les disciplines de concurrence hors de toute forme de réglementation.

Pour appuyer notre hypothèse, on commencera par constater que l'apport essentiel de l'Uruguay Round réside dans la clarification terminologique de la notion de subvention à l'exportation, puis on analysera les normes relatives aux modalités de réduction et à l'anti-contournement. On finira par mettre en exergue l'incidence des subventions à l'exportation sur les pays en développement, avant d'explorer la perspective d'une éventuelle élimination de subventions à l'exportation.

CLARIFICATION TERMINOLOGIQUE : UN APPORT ESSENTIEL DE L'URUGUAY ROUND

L'Asa ne donne aucune définition de la notion de subvention. Néanmoins, en vertu de son art.21.1⁷ : les dispositions du GATT 1994 et des autres Accords commerciaux multilatéraux figurant à l'Annexe 1A s'appliquent, « sauf dans la mesure où l'Accord sur l'agriculture [contient] des dispositions spécifiques traitant expressément du même sujet ».⁸ Peut-on, dans ce cas de figure, se référer à l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (Accord SMC) pour définir le terme « subvention » ?

Dans l'affaire *Etats-Unis-coton Upland*, l'organe d'appel a estimé que l'art.21.1 permet de recourir, en cas de lacune de l'Asa, aux dispositions des autres accords de l'OMC, dont l'Accord SMC.⁹

D'après l'art.1 de l'Accord SMC,¹⁰ il y a subvention :

- (a) s'il y a une contribution financière des pouvoirs publics ou de tout organisme public du ressort territorial d'un Membre ;
- (b) s'il y a une forme quelconque de soutien des revenus ou des prix au sens de l'article XVI du GATT de 1994 ; et
- (c) si un avantage est ainsi conféré.

Dans l'affaire *Canada-produits laitiers*, l'organe d'appel a synthétisé (en ces termes) les premiers alinéas de l'art.1.1 de l'Accord SMC : une subvention existe « lorsque celui qui l'accorde fait une « contribution financière » qui confère un

'avantage' au bénéficiaire, par rapport à ce que celui-ci aurait autrement pu obtenir sur le marché ».¹¹ Par conséquent, il importe d'examiner les trois principaux éléments isolés à savoir : l'auteur de la contribution, la contribution financière et l'avantage conféré.

Pouvoirs publics ou leurs organismes

Le lexique des termes juridiques définit l'expression pouvoirs publics de la manière suivante : « termes souvent employés, bien qu'au contenu juridique assez imprécis, pour désigner les organes de l'Etat, et même parfois ceux des collectivités territoriales. Dans ce sens on parle aussi d'autorités publiques, encore que ces mots paraissent avoir un contenu encore plus extensif ».¹² Autrement dit, l'expression « pouvoirs publics » se veut la plus large possible, faute d'une terminologie restreinte précise. La définition donnée par le lexique consulté rejoint d'ailleurs à certains égards l'alinéa (i) de l'art.1.1, d'où l'usage des termes « pouvoirs publics ou leurs organismes ». Dans ce contexte, on peut penser que l'organisme public est considéré comme une continuité du pouvoir gouvernemental.

Les rédacteurs de l'art.1.1 vont encore plus loin, en précisant qu'un organisme privé peut être assimilé aux pouvoirs publics, si ces derniers « chargent » ou « ordonnent » un organisme privé d'exécuter des fonctions identifiées comme étant constitutives d'une contribution financière conférant un avantage au bénéficiaire. Dans l'affaire *Etats-Unis -Restrictions* à l'exportation, le groupe spécial a conclu que : « [s]elon nous, l'action de charger comme celle d'ordonner comportent donc nécessairement les trois éléments suivants : (i) une action explicite et positive, qu'il s'agisse de délégation ou de commandement ; (ii) visant une partie particulière ; et (iii) dont l'objet est une tâche ou une mission particulière ».¹³ En complément, dans l'affaire *Etats-Unis-Droits anti-dumping*, l'organe d'appel a constaté que : « la décision d'abandonner ou de ne pas percevoir des recettes publiques normalement exigibles, visée à l'alinéa (ii), paraît constituer un comportement supposant intrinsèquement l'exercice d'un pouvoir gouvernemental ».¹⁴

Contribution financière

Dans le cadre du Gatt 1947, les parties contractantes ont eu du mal à s'entendre sur la définition qu'ils allaient donner à une subvention. Bien que certains membres aient proposé de considérer comme subventions « tous les avantages résultant d'une action des pouvoirs publics, quelle que soit la nature de cette action », ¹⁵ à l'issue de l'Uruguay Round conformément au Code de Tokyo relatif aux subventions, les parties contractantes ont introduit la notion de « contribution financière ». Désormais, « seules les actions des pouvoirs publics constituant des contributions financières devraient être assujetties aux règles multilatérales sur les subventions et les mesures compensatoires ». ¹⁶ La contribution financière suppose une « transaction au moyen de laquelle quelque chose ayant une valeur économique est transféré par les pouvoirs publics ». ¹⁷

Cette transaction peut prendre différentes formes : il peut s'agir d'un transfert direct de fonds, d'un transfert direct potentiel de fonds (ou de passif), ou encore de l'abandon de recettes publiques normalement exigibles. Il semblerait que les alinéas (i) et (ii) soient assez précis et donc ne nécessitent pas de commentaires. Par contre, une contribution financière au sens de l'Accord SMC peut également résulter de la fourniture par les pouvoirs publics de « biens et de services, autres que les infrastructures », ou encore l'achat de biens. Il s'agit dans ce cas « d'intrants non monétaires ». ¹⁸ Dans l'affaire *Etats-Unis-Bois de construction*, l'organe d'appel a estimé que : « [d]ans le contexte de l'article 1.1 (a) (1) (iii), tous les biens qui pourraient être utilisés par une entreprise à son avantage — y compris même les biens qui pourraient être considérés comme une infrastructure — doivent être considérés comme des 'biens' au sens de cette disposition, à moins qu'ils ne constituent une infrastructure de nature générale ». ¹⁹ La fourniture à une entreprise d'intrants ayant une valeur financière peut faire artificiellement baisser les coûts de productions d'un produit. ²⁰ L'accord envisage également le fait que l'Etat puisse ordonner, ou déléguer à une entreprise privée, les pouvoirs qui lui sont conférés, telles qu'énumérées par l'art.1.1. ²¹ Dans ce cas de figure, conformément à ce que l'on a vu ultérieurement, si le bénéficiaire perçoit un

avantage, la contribution sera considérée comme résultant de l'action des pouvoirs publics. Autrement dit, il s'agira d'une subvention.

Avantage conféré

Le dictionnaire Hachette définit un avantage comme étant « ce dont on peut tirer parti pour un profit ; un succès ». ²² Cela suppose qu'à chaque fois que les pouvoirs publics ou leurs organismes vont octroyer une contribution financière, quelque soit sa forme, si elle a pour effet de conférer au bénéficiaire « un profit » ou entraîner « un succès », un avantage en résultera. Cependant, une telle interprétation peut prêter à controverse. Comment définirait-on par exemple, la notion de succès ou encore de profit ? Faudrait-il déterminer un seuil pour identifier le profit réalisé ? La définition retenue dans l'affaire *Brésil-Aéronef* paraît plus judicieuse à certains égards. L'organe d'appel a constaté que : « le sens ordinaire du mot 'avantage' est une 'position plus favorable ou améliorée' ou une 'position supérieure' ». ²³ Une telle définition introduit la notion de discrimination. Rappelons à ce titre que l'art.II du Gatt 1994 prohibe toutes formes de discriminations entre les membres. ²⁴

Subventions visées

Après avoir défini la notion de subvention, il convient de préciser, que conformément aux dispositions à l'art.1 de l'Asa : pour qu'une subvention soit considérée à l'exportation, elle doit être subordonnée aux résultats à l'exportation. ²⁵ Dans l'affaire *Etats-Unis-coton Upland*, l'organe d'appel a conclu que : « les versements au titre du programme Step 2 en faveur des exportateurs de coton Upland des Etats-Unis, accordés conformément à l'art.1207 (a) de la Loi FSRI de 2002, constituent des subventions subordonnées aux résultats à l'exportation au sens de l'art.9:1 (a) de l'Accord sur l'agriculture ». ²⁶ En principe, toutes les subventions à l'exportation doivent être soumises à réduction sauf exception. L'article 9.1 les énumère d'ailleurs, il s'agit entre autres de :

- l'octroi, par les pouvoirs publics ou leurs organismes, de subventions directes, y compris des versements en nature, à une entreprise, à une branche de production, à

des producteurs d'un produit agricole, à une coopérative ou autre association de ces producteurs ou à un office de commercialisation, subordonné aux résultats à l'exportation.

- la vente ou l'écoulement à l'exportation, par les pouvoirs publics ou leurs organismes, de stocks de produits agricoles constitués à des fins non commerciales, à un prix inférieur au prix comparable demandé pour le produit similaire aux acheteurs sur le marché intérieur.
- les versements à l'exportation d'un produit agricole qui sont financés en vertu d'une mesure des pouvoirs publics, qu'ils représentent ou non une charge pour le Trésor public, y compris les versements qui sont financés par les recettes provenant d'un prélèvement imposé sur le produit agricole considéré ou sur un produit agricole dont le produit exporté est tiré.
- l'octroi de subventions pour réduire les coûts de la commercialisation des exportations de produits agricoles (autres que les services de promotion des exportations et les services consultatifs largement disponibles), y compris les coûts de la manutention, de l'amélioration de la qualité et autres coûts de transformation, et les coûts du transport et du fret internationaux.
- les tarifs de transport et de fret intérieurs pour des expéditions à l'exportation, établis ou imposés par les pouvoirs publics à des conditions plus favorables que pour les expéditions en trafic intérieur.
- les subventions aux produits agricoles subordonnées à l'incorporation de ces produits dans des produits exportés.²⁷

Toutes les subventions à l'exportation énumérées par l'art.9.1 devraient être interprétées et appliquées à l'aune de l'art.1.1 de l'Accord SMC. Dans l'affaire *Canada-produits laitiers*, l'organe d'appel a reproché au groupe spécial de ne « pas avoir fait fond de l'Accord SMC d'une manière générale » pour déterminer, si les versements en nature octroyés par les autorités canadiennes étaient constitutifs de subventions directes. Ainsi, l'organe d'appel a procédé de la manière suivante.²⁸

Il a commencé par définir le terme « versement ». L'organe d'appel l'a défini comme étant un transfert de ressources économiques.²⁹ Par ailleurs, un versement est dit en « nature », lorsqu'il inclut un transfert économique, mais autre que monétaire.³⁰ L'organe d'appel a conclu, par la suite, que ce versement pouvait être constitutif d'une « subvention directe », puisque le versement en nature pouvait donner lieu à l'écoulement du produit à un prix inférieur au prix intérieur.³¹

Les normes relatives au commerce des produits agricoles ne s'appliquent, en principe, que pour les subventions à l'exportation qui ont été consolidées puis soumises à réduction.

UNE INTERDICTION DE PRINCIPE A L'OMC

A l'inverse de ce qui est de rigueur pour les autres marchandises, les subventions à l'exportation ne sont pas interdites pour les produits agricoles. Il en résulte un principe selon lequel : « [c]haque Membre s'engage à ne pas octroyer de subventions à l'exportation si ce n'est en conformité avec le présent accord et avec les engagements qui sont spécifiés dans la Liste de ce Membre ». ³² Par conséquent, les subventions à l'exportation relatives aux produits agricoles sont autorisées dans la limite des engagements spécifiés sur les listes des membres.

En complément, l'art.3.3³³ précise que les membres qui ont inscrit sur leurs listes, les produits pour lesquels ils octroyaient durant la période de base des subventions à l'exportation, s'obligent à ne pas excéder les dépenses et les quantités spécifiées. En conséquence, ils ne peuvent accorder de subventions à de nouveaux produits. Dans l'affaire *CE-Sucre*, l'organe d'appel a conclu que : « [d]e par ses termes, l'art.3:3 de l'Accord sur l'agriculture prohibe l'octroi de subventions à l'exportation (énumérées à l'art.9:1) excédant les niveaux d'engagement en matière de dépenses budgétaires et de quantités spécifiés dans la Liste d'un Membre ». ³⁴

Par ailleurs, il en découle une obligation implicite de notifier les quantités et les dépenses consacrées par les membres au soutien à l'exportation de leurs produits. Ce raisonnement

a été également confirmé par l'organe d'appel dans l'affaire *CE-Sucre*.³⁵

Selon le Secrétariat de l'OMC, seuls 25 membres pour l'essentiel des pays développés ont contracté 428 engagements de réduction. Ils sont donc les seuls à pouvoir recourir aux subventions à l'exportation.³⁶

La souplesse des modalités de réduction

L'Annexe 8 des modalités indique que chacun des membres ayant souscrit aux engagements de réduction doit abaisser de 21 pour cent en moyenne les quantités de chaque produit agricole ou groupes de produits indiqués sur les listes d'engagements, par rapport à la période de base.³⁷ Les membres doivent également abaisser de 36 pour cent en moyenne les dépenses consacrées aux groupes ou produits agricoles spécifiés.³⁸

A l'instar de la pratique suivie en matière de soutiens internes, les membres procéderont à la réduction des subventions à l'exportation sur la base d'une moyenne simple.³⁹ Les membres ont donc la latitude d'accroître les subventions sur les produits sensibles et de les abaisser sur les produits les plus compétitifs. C'est sans doute pourquoi, les subventions à l'exportation ont été principalement orientées vers les produits laitiers, les céréales, le sucre, etc.⁴⁰

Une période de base qui pose des difficultés

Les quantités et les niveaux des dépenses consacrés aux soutiens à l'exportation des produits agricoles doivent être réduits sur la période 1986–1990. Il s'agit de la période de base. Cette période est, rappelons le, celle au cours de laquelle l'UE s'est lancée à la conquête des marchés extérieurs afin d'écouler ses surplus de production. De même, les Etats-Unis utilisaient les subventions à l'exportation en représailles aux politiques agricoles européennes qu'ils qualifiaient de déloyales.⁴¹ En bref, les Etats-Unis comme l'UE ont usé durant la période de base, d'un niveau de mesures de soutiens sans précédent, pour des raisons qui tiennent à leurs politiques commerciales. Ainsi, la période de base retenue permet au moins, à ces deux groupes de pays de continuer à subventionner massivement leurs exportations agricoles et à écouler leurs excédents sur les marchés

extérieurs à des prix dits de dumpings.⁴² En 1997, la valeur tolérée des subventions à l'exportation équivalait à 63,6 pour cent des exportations des produits agricoles en provenance d'Afrique.⁴³ Néanmoins, les Etats-Unis et l'UE n'ont pas excédé durant les premières années de mise en œuvre de l'Asa, les montants de soutiens à l'exportation indiqués sur leurs listes. Bien au contraire, les subventions versées ont été inférieures aux taux fixés. Certains observateurs soutiennent que cette situation peut s'expliquer d'une part, par l'importante marge de manœuvre que les Etats-Unis et l'UE ont pu tirer de la période de base et d'autre part, par le fait que les cours des produits les plus subventionnés étaient élevés (céréales).⁴⁴

Plus récemment en 2015, le groupe de Cairn a constaté après des années de recul, une recrudescence de l'usage des soutiens à l'exportation. Ces derniers touchent non seulement certaines cultures dites d'exportation (coton), mais aussi des cultures vivrières.⁴⁵

D'après l'OCDE, le choix de la période de base a permis à certains membres de se conformer aux disciplines de subventions à l'exportation de l'OMC sans pour autant changer substantiellement leurs politiques commerciales.⁴⁶

Possibilité de reporter les subventions à l'exportation d'une année à l'autre

Au terme de l'art.9.2b, les membres sont autorisés à partir de la deuxième à la cinquième année de mise en œuvre de l'accord de reporter leurs dépenses ou les quantités subventionnées, d'une année à une autre.⁴⁷ Plus précisément, « [c]ette disposition permet à un pays de reporter le montant inutilisé des subventions à l'exportation durant une année, si le montant effectif des subventions versées était inférieur au niveau correspondant à l'engagement pour cette année-là, sur les années suivantes ». ⁴⁸ En toute logique, les membres subventionnent moins les produits agricoles lorsque leurs prix sont élevés.⁴⁹ Ils ont par ailleurs, la possibilité de reporter les dépenses non effectuées sur les années au cours desquelles les prix des produits visés ont été faibles.

D'après une étude de l'OCDE relative à l'évaluation de l'Asa, l'UE a dépassé les limites

fixées aux subventions à l'exportation de plusieurs produits dès la deuxième année d'entrée en vigueur de l'accord.⁵⁰ Ces dépassements ont pu être effectués grâce aux montants « non utilisés » les années précédentes et reportés. « En outre, l'UE ayant beaucoup recouru à la clause de flexibilité, les dépenses budgétaires afférents aux subventions à l'exportation au cours des trois premières années de mise en œuvre ont été supérieures au niveau qu'elles auraient dû atteindre en 2000/2001 pour un certain nombre de produit »⁵¹ dont le sucre, la viande porcine, les produits laitiers, l'alcool et les produits incorporés.

Certains membres qui n'ont pas recours aux subventions à l'exportation soutiennent que : la clause de flexibilité a eu pour effet d'« aggrav[er] le déséquilibre des avantages résultant de l'Accord sur l'agriculture entre d'une part les pays qui continuent de verser des subventions à l'exportation qui faussent le commerce et d'autre part ceux qui dénoncent l'utilisation de telles subventions, en faveur des premiers ».⁵²

La clause de paix : un régime d'exception

Les dispositions de l'art.13 C de l'Asa, paraissent, à certains égards, difficilement interprétables. En effet, il est précisé à l'alinéa (i) que les subventions à l'exportation qui sont « pleinement » conformes aux dispositions de la Partie V du présent accord, conformément aux engagements spécifiés dans les listes de chaque membre :

« seront passibles de droits compensateurs uniquement après qu'une détermination de l'existence d'un dommage ou d'une menace de dommage fondée sur le volume, l'effet sur les prix ou l'incidence aura été établie conformément à l'article VI du GATT de 1994 et à la Partie V de l'Accord sur les subventions, et il sera fait preuve de modération pour l'ouverture de toute enquête en matière de droits compensateurs. »⁵³

Une telle formulation pose un certain nombre de problèmes. A partir de quels paramètres peut-on estimer que les membres lésés par les subventions à l'exportation ont fait preuve de modération pour l'ouverture de l'enquête ? L'Asa

ne donne aucune définition de l'expression modération.

Alors que l'alinéa (i) ne prohibe pas l'ouverture d'un recours en vue de l'obtention de mesures compensatrices, l'alinéa (ii) l'annule en indiquant que les membres recourant aux subventions à l'exportation conformément aux dispositions de l'Asa « seront exemptées des actions fondées sur l'article XVI du GATT de 1994 ou les articles 3, 5 et 6 de l'Accord sur les subventions ».⁵⁴ Il s'agit respectivement des actions relatives aux subventions de manière générale, à la détermination de l'existence d'un dommage, aux engagements de procédures et enquêtes ultérieures, ainsi qu'à la présentation sous demande d'un membre d'éléments de preuve. Une telle disposition dite de « modération » rend difficile l'ouverture de toute forme de recours de la part des membres ayant subi un préjudice. La seule issue pour le membre lésé est de démontrer que le membre mis en cause a octroyé des subventions à l'exportation qui ne sont pas conformes à la partie V de l'Asa, ce qui paraît difficile à faire, vue les conditions. En somme, la formulation de l'art.13 C peut donner lieu à un « imbroglio » juridique.

Outre cet aspect, à l'instar de ce qui prévaut en matière de soutiens internes, la clause de paix aurait dû cesser d'être applicable à partir de 2003. Elle a toutefois été prorogée pour une durée qui n'a pas encore été déterminée.

DES NORMES ANTI-CONTOURNEMENT INEXISTANTES

L'article 10 de l'Asa pose les normes qui devraient en principe « prévenir » le contournement des règles relatives aux subventions à l'exportation. Pour ce faire, en cas d'allégation de violation des dispositions de l'Asa relatives aux subventions à l'exportation visées par l'art.9.1, il renvoie la charge de la preuve, non pas à celui qui s'en prévaut, mais au membre mis en cause.⁵⁵ Malgré la pertinence d'une telle disposition, conformément à ce que l'on a mentionné préalablement, elle semble avoir été annulée par la clause de paix. En effet, l'art.13 C (ii) exclut l'application des normes relatives à la présentation d'éléments de preuve sous demande d'un membre.⁵⁶

Par ailleurs, l'art.10.1 stipule que les subventions qui ne sont pas énumérées à l'art.9.1 « ne seront » pas utilisées de manière à entraîner ou de « menacer » à entraîner un contournement des engagements en matière de subvention à l'exportation ; « il sera donc pas recouru à des transactions non commerciales pour contourner ces engagements ». ⁵⁷ Pour ce faire, l'Asa invite les membres à s'accorder sur la mise en œuvre au niveau international d'un accord séparé qui devrait régir l'octroi des crédits à l'exportation, des garanties de crédit à l'exportation et des programmes d'assurance. ⁵⁸ En conséquence, les membres devraient respecter les normes qu'ils se fixeront hors des auspices de l'OMC. Une telle démarche n'a été que partiellement suivie par ces derniers. Dans le cadre de l'OCDE, les membres de l'OMC ont ouvert des négociations en la matière sans pour autant être parvenus à l'élaboration de tels accords en lien avec le commerce des produits agricoles. ⁵⁹

Les crédits à l'exportation

Les crédits à l'exportation existent « chaque fois qu'un acheteur étranger est autorisé à différer son paiement à des conditions plus favorables que celles du marché ». ⁶⁰ Les crédits à l'exportation peuvent prendre la forme de prêts à taux d'intérêts bonifiés, de garantie de prêt, de délais de remboursement moins court que ceux en vigueur sur le marché, ou encore de couverture du fret, etc. Les crédits à l'exportation sont constitutifs de subventions détournées à l'exportation. D'après l'OCDE, ils ont pour effet de fausser la concurrence et créent de fait des distorsions aux échanges. Les principaux membres qui recourent aux crédits à l'exportation sont les Etats-Unis, l'Australie et l'UE, etc. ⁶¹

Lors de la Conférence des ministres de l'OCDE, tenue les 26 et 27 mai 1999, les ministres présents ont déclaré : regretter que les membres de l'OCDE n'aient pas encore réussi à adopter un accord relatif au crédit à l'exportation conformément au mandat de l'Uruguay Round. ⁶² Cette déclaration reste d'actualité puisqu'aucune mesure y relative n'a encore été adoptée. Pourtant, la couverture de risque, l'assurance du crédit à l'exportation et les garanties de crédit à

l'exportation sont les formes de subvention à l'exportation les plus répondues. ⁶³

L'aide alimentaire

L'aide alimentaire d'urgence demeure importante pour de nombreux pays en développement. Cependant, elle peut être utilisée par certains donateurs de manière à contourner leurs engagements en matière de soutiens à l'exportation. Dans ce cas, l'aide alimentaire peut avoir des effets forts mitigés pour les pays récepteurs. Dans une communication adressée au comité de l'agriculture de l'OMC, la Bolivie déclarait que l'aide alimentaire avait eu plusieurs effets dommageables sur la sécurité alimentaire. ⁶⁴ Elle a « fragilisé l'offre intérieure de produits alimentaires, découragé la production agricole nationale, réduit l'importance de la production locale dans le domaine de l'autosuffisance, fait baisser la demande intérieure effective et modifié les habitudes alimentaires ». ⁶⁵ C'est en raison des effets mitigés que peut avoir l'aide alimentaire que les membres de l'OMC ont tenté d'encadrer son utilisation. L'article 10.4 invite les membres à faire en sorte :

- que l'octroi de l'aide alimentaire internationale ne soit pas lié directement ou indirectement aux exportations commerciales de produits agricoles à destination des pays bénéficiaires ;
- que les transactions relevant de l'aide alimentaire internationale, y compris l'aide alimentaire bilatérale qui est monétisée, s'effectuent conformément aux « Principes de la FAO en matière d'écoulement des excédents et obligations consultatives », y compris, le cas échéant, le système des importations commerciales habituelles ; et
- que cette aide soit fournie dans la mesure du possible intégralement à titre de dons ou à des conditions non moins favorables que celles qui sont prévues à l'art.IV⁶⁶ de la Convention de 1986 relative à l'aide alimentaire. ⁶⁷

Malgré la pertinence de ces dispositions, elles ne sont pas contraignantes. C'est par le biais d'accords bilatéraux relatifs à l'aide internationale que certains membres ont réussi à contrôler les effets négatifs sur la sécurité

alimentaire. Afin de limiter les risques de dépendance alimentaire, la Bolivie a conclu en 1992, un accord bilatéral avec les « principaux donateurs, les agriculteurs et les minorités » visant à faire en sorte que « les prix reflètent vraiment les coûts de production ». ⁶⁸ La Bolivie estime que cet accord a stimulé la production intérieure. « La superficie mise en culture est passée de 3,500 à 112,000 hectares entre 1994 et 1997 ». ⁶⁹ Les pays d'Afrique de l'Ouest ont tenté par le biais d'une charte de réduire l'aide monétisée. ⁷⁰ C'est d'ailleurs sous cette forme que l'aide semble avoir eu le plus d'effets dommageables sur la sécurité alimentaire. Malgré l'existence de cette charte depuis 1990, l'aide monétisée en provenance des Etats-Unis et du Japon demeure encore relativement élevée. ⁷¹ De manière générale, entre 1984–2004, l'aide monétisée a atteint 114.000 tonnes par an, soit 45 pour cent des livraisons annuelles. ⁷²

Par ailleurs, au niveau de l'OMC, malgré l'ouverture des négociations commerciales de Doha, il semble que la question de l'aide alimentaire ne polarise guère l'attention des membres.

QUELLE INCIDENCE SUR LES MEMBRES LES PLUS PAUVRES ?

En vertu du TSD, les membres en développement doivent abaisser de 24 pour cent leurs dépenses et de 14 pour cent les quantités subventionnées sur une période de 10 ans. Ils jouissent donc d'un délai de mise en œuvre plus long et de niveaux de réduction plus bas. ⁷³ Par ailleurs, les PMA sont exemptés de l'obligation de contracter des engagements de réduction. ⁷⁴

Quelle est la pertinence d'une telle disposition ?

Sur l'ensemble des membres ayant pris des engagements de réduction, seuls huit sont des pays en développement (hormis les pays d'Europe centre et orientale). Il s'agit entre autres : de l'Afrique du Sud, du Brésil, de la Colombie, du Mexique, de l'Uruguay, du Venezuela, du Panama et de l'Indonésie. Cette disposition ne bénéficie donc qu'à un nombre limité de pays. Il s'agit pour l'essentiel de « grands » pays en développement.

En ce qui concerne les PMA, la totalité de ces pays ont inscrit sur leurs listes n'avoir jamais eu recours aux soutiens à l'exportation durant la période de base. Par conséquent, conformément à l'art.3.3, il s'en suit une interdiction pour eux de faire usage de ces soutiens. On peut donc en déduire que l'exemption dont ils jouissent n'a dans les faits aucun effet pour ces pays.

En vertu du TSD, les pays en développement sont également exemptés durant la période de mise en œuvre, de l'obligation de contracter des engagements pour ce qui est des « subventions à l'exportation énumérées aux alinéas (d) et (e) du paragraphe 1 [de l'art.9...] ». ⁷⁵ Il s'agit entre autres, des subventions liées à la réduction des coûts de transports, du fret, des services de logistiques, etc. Dans la déclaration de Hong Kong, il a été précisé que les membres en développement pourront continuer à bénéficier d'une telle exemption cinq ans après l'interdiction totale du recours aux subventions à l'exportation pour l'ensemble des membres. ⁷⁶ Une telle décision ne peut toutefois, bénéficier qu'aux huit pays en développement qui ont pris des engagements de réduction.

Par contre, il n'existe aucune mesure spécifique destinée à protéger les pays les plus pauvres qui ne font pas usage des subventions à l'exportation.

Mais quelle est leurs incidences ?

Les subventions à l'exportation peuvent avoir un effet sur la production nationale et fausser la concurrence à l'internationale à l'égard des produits pour lesquels les pays pauvres, à l'instar de ceux d'Afrique, détiennent un avantage comparatif.

Durant l'Uruguay Round, l'attention des négociateurs africains s'est focalisée sur la nécessité d'accéder à des denrées alimentaires bons marchés afin de garantir l'accès à l'alimentation de leurs populations. ⁷⁷ De fait, l'un des effets du consensus de Washington a été de polariser l'attention des pays africains sous ajustement structurel sur la nécessité d'exporter des produits agricoles de rente (ou d'autres matières premières). Les recettes d'exportation devaient en principe financer les importations alimentaires. C'est ce qui explique en partie le fait que les pays africains se soient peu souciés des

répercussions que pourraient avoir les subventions à l'exportation sur leur agriculture. Cependant, cette stratégie alimentaire a conduit dans bien des cas à accroître le « biais urbain » ; les ruraux devant supporter le poids de cette stratégie. En effet, les subventions à l'exportation ont pour effet d'accroître les disponibilités sur les marchés intérieurs lorsque les prix sont faibles.⁷⁸ Toutefois, lorsque les prix augmentent à l'international, les subventions baissent et les pays importateurs voient leur facture alimentaire augmenter de manière importante.⁷⁹

Les populations rurales qui demeurent le grenier de l'agriculture africaine se heurtent souvent à la concurrence déloyale des grands pays exportateurs. Selon une étude de la Banque mondiale, au début des années 40, des exportations européennes à destination de l'Afrique recevaient des soutiens à l'exportation.⁸⁰ En Afrique de l'Ouest, les producteurs de lait éprouvent des difficultés à pouvoir vivre de leur activité, en raison de la concurrence du lait en poudre européen et américain subventionné.⁸¹ Il en est de même pour les producteurs de tomates ou de céréales locaux.⁸²

Une telle situation a eu pour effet de décourager l'agriculture nationale et d'accélérer la dépendance alimentaire sur le continent. Le groupe africain a déclaré dans le cadre d'une de ses communications adressées au comité de l'agriculture de l'OMC que :

« [I]es importations subventionnées par voie de subventions à l'exportation ou de crédits à l'exportation compromettent la viabilité de l'agriculture africaine et empêchent de desserrer l'étau de la pauvreté et du sous-développement. En outre, les pays africains se trouvent dans une situation difficile, leurs propres producteurs et entreprises de transformation de produits alimentaires étant peu à peu évincés des marchés internationaux, régionaux, voire nationaux. »⁸³

En 2015, lors d'une réunion organisée par le Secrétariat de l'OMC, le groupe africain a soutenu que les produits exportés vers les pays en développement étaient de plus en plus subventionnés.⁸⁴

En bref, bien que les subventions à l'exportation permettent de combler le déficit de la production agricole des pays les plus pauvres, paradoxalement elles l'entretiennent également.⁸⁵

L'un des autres effets que peut avoir une subvention à l'exportation serait d'accroître la concurrence à l'égard des produits pour lesquels les pays les plus pauvres détiennent un avantage comparatif. De fait, les subventions à l'exportation ont pour effet de déprimer les prix, en raison de l'abondance de l'offre.⁸⁶ Le cas du coton en Afrique en est une bonne illustration.⁸⁷ La hausse des subventions américaines et européennes au début des années 2000 a contribué à abaisser les cours de cette matière première de plus de la moitié par rapport aux années antérieures.⁸⁸ Cette situation a durement éprouvé les recettes d'exportation des principaux exportateurs africains, ainsi que la situation économique et sociale de leurs producteurs. Dans certains villages du Burkina Faso, les producteurs ont dû réduire leurs dépenses alimentaires et arrêter la scolarisation de leurs enfants.⁸⁹ Malgré un appel lancé à l'OMC par le Burkina Faso, le Bénin, le Tchad et le Mali pour l'élimination des soutiens à l'exportation sur le coton, les Etats-Unis ont accordé entre 1994-2014, 49,4 milliards de dollars à cette culture.⁹⁰ Quant à l'UE des 28, selon Berthelot, en 2014, le taux de dumping qu'elle applique sur le coton est de 211 pour cent.⁹¹

Les subventions à l'exportation peuvent également avoir un effet moins attendu, à savoir celui de restreindre la diversification des économies les plus pauvres. En effet, certains produits subventionnés à l'instar du sucre ou du chocolat sont ceux pour lesquels l'essentiel des pays peu développés (tels que les pays africains) jouissent de dotations factorielles importantes. Ces dotations demeurent inexploitées en raison certes, de difficultés internes mais également des soutiens massifs qui faussent la concurrence et saturer les marchés régionaux au sein desquels ces pays pourraient exploiter leurs dotations respectives.⁹²

VERS UNE ELIMINATION DES SOUTIENS A L'EXPORTATION ?

De nouvelles dispositions

Dès les premiers paragraphes, la décision de Nairobi prévoit l'élimination immédiate de toutes les formes de subventions à l'exportation pour lesquelles les membres ont souscrit à des engagements de réduction.⁹³ Cependant, si l'on y regarde de près, la décision n'envisage qu'une suppression progressive des soutiens à l'exportation.

En ce qui concerne le sucre, le régime de subvention à l'exportation appliqué par les CE devrait rester en vigueur jusqu'en septembre 2017.⁹⁴ Les rédacteurs de la décision ont estimé que ce régime faisait déjà l'objet d'un règlement dans le cadre du mémorandum d'accord relatif à l'ORD.

Les subventions à l'exportation destinées aux produits transformés, laitiers et à la viande de porc ne devraient être supprimées qu'en fin 2020. Durant cette période, les quantités versées ne devraient pas être supérieures aux quantités moyennes effectives de la période de base 2003–2005.⁹⁵ Il importe de préciser que faute de définition ou de précisions ; par produits transformés, l'on serait tenté d'y inclure tous les produits ayant subi la modification la plus infime. Il pourrait s'agir par exemple de farine végétale, d'huiles, de fruits secs, etc. Autrement dit, l'essentiel des produits alimentaires pourraient, dans ces conditions, être considérés comme étant des produits transformés.

Néanmoins, afin de préserver les agriculteurs des PMA, dès janvier 2016, les membres développés se sont engagés à ne plus y exporter de produits ayant bénéficié de subvention à l'exportation.⁹⁶ Alors que les PMA ne sont pas les seuls pays dont l'agriculture est menacée par les subventions à l'exportation, la décision de Nairobi n'a prévu aucune mesure compensatrice pour les pays en développement importateurs nets de produits alimentaires (PDINPA). Certains pays font face à de grandes difficultés économiques, mais ne sont pas assez pauvres pour être considérés comme étant des PMA.⁹⁷ Dans une proposition conjointe adressée à l'OMC, le groupe africain faisait pourtant état de la nécessité de procéder à une réduction

substantielle des subventions et des crédits à l'exportation en raison de leurs effets néfastes sur l'agriculture africaine.⁹⁸ Selon le groupe africain, les subventions et les crédits à l'exportation auraient pour effet de substituer la production nationale et régionale aux importations alimentaires.

Par ailleurs, conformément à la pratique suivie dans le cadre du Gatt 1947, puis des accords de l'OMC, les pays en développement bénéficient du TSD. C'est pourquoi, la décision de Nairobi prévoit l'élimination des « possibilités de subventions à l'exportation » des membres en développement pour fin 2018.⁹⁹ En raison du fait que l'essentiel des membres développés pourront continuer à subventionner jusqu'en fin 2020, une part essentielle des produits alimentaires, cette disposition ne crée que peu d'avantages au profit des membres en développement. Au contraire, ce sont les pays développés qui seront avantagés par rapport aux autres membres.

Toutefois, en ce qui concerne l'art.9.4 de l'Asa qui permettait aux pays en développement de bénéficier, sans contracter d'engagements, des subventions suivantes :

- octroi de subventions pour réduire les coûts de la commercialisation des exportations de produits agricoles (autres que les services de promotion des exportations et les services consultatifs largement disponibles), y compris les coûts de la manutention, de l'amélioration de la qualité et autres coûts de transformation, et les coûts du transport et du fret international ;
- tarifs de transport et de fret intérieurs pour des expéditions à l'exportation, établis ou imposés par les pouvoirs publics à des conditions plus favorables que pour les expéditions en trafic intérieur.¹⁰⁰

Désormais, les membres en développement devront éliminer ces subventions au plus tard en fin 2023. Les PDINPA qui ont été désignés comme tel par le Comité de l'agriculture en 2012 pourront continuer à recourir aux dispositions de l'art.9.4 jusqu'en fin 2030.¹⁰¹

Il importe de préciser qu'un tel TSD n'a qu'une valeur réelle réduite pour l'essentiel des membres en développement. Seuls les pays émergents ont la possibilité d'accorder ce type de subventions à

l'exportation. Pour ces derniers, ces dispositions sont essentielles au développement de leur agriculture. Il importe de rappeler que l'essentiel des membres en développement n'ont pas recours aux subventions à l'exportation.¹⁰² Pour les PDINPA, la possibilité de recourir aux subventions telle que mentionnée par l'art.9.4 de l'Asa pourrait, en pratique, être dénuée de tout intérêt pour cette catégorie de pays.¹⁰³

Suivi de la mise en œuvre de la décision relative à la concurrence à l'exportation

Malgré la pertinence de certaines dispositions, à l'instar de celles relatives à la réglementation de l'aide alimentaire, la décision de Nairobi concernant la concurrence à l'exportation peine à être mise en œuvre. S'il est vrai que peu de membres font recours aux subventions à l'exportation, il est tout aussi vrai que ces derniers n'éprouvent pas tous la volonté de rendre la décision de Nairobi effective.¹⁰⁴ Pourtant, certains membres ne cessent de demander au comité de l'agriculture de rendre opérationnelles les différentes décisions ou déclarations prévoyant l'élimination « rapide, ambitieuse et spécifique » des subventions à l'exportation.¹⁰⁵ Malgré leur appel, les discussions ne progressent pas depuis la fin de la conférence de Nairobi. Lors d'une réunion informelle du Comité de l'agriculture, l'ambassadeur Vitalis a fait remarquer que bien que les questions sur les subventions à l'exportation demeurent une priorité pour plusieurs membres : c'est « le pilier auquel il est accordé le degré de priorité le moins élevé ». ¹⁰⁶ Le 18 juillet 2016, lors d'une session extraordinaire du comité de l'agriculture, l'ambassadeur Vitalis constatait avec regret le fait que pour certains membres, les négociations sur l'agriculture devaient être réorientées vers l'accès au marché et le soutien interne et pas sur « des pistes infructueuses », à l'instar des subventions à l'exportation.¹⁰⁷ Alors que les membres avaient réaffirmé à Nairobi leur intention de se concentrer sur les questions qui représentent le plus d'intérêt pour les PMA et les

pays en développement, le 27 juin 2016, les pays co-auteurs de l'initiative sectorielle en faveur du coton déclaraient qu'« [a]ucun des grands rendez-vous ministériels (Cancun, Hong Kong, Bali, Nairobi) n'a permis d'aboutir de façon substantielle au traitement de la question du coton. En conséquence, des millions de personnes sont réduites à vivre dans la pauvreté en milieu rural, à quitter leur pays pour aller, au péril de leur vie, à la recherche du mieux-être, ailleurs dans le monde ». ¹⁰⁸ Ils concluaient leur déclaration en indiquant que certains membres continuaient à bloquer toutes initiatives en faveur de l'élimination des subventions à l'exportation, en raison de leur manque de volonté politique. ¹⁰⁹

CONCLUSION

Les normes actuelles de soutiens à l'exportation applicables aux produits agricoles n'ont pas été efficaces. De fait, l'apport essentiel de ces règles se limite à la clarification de la notion de subvention à l'exportation. Outre cet aspect, les normes existantes n'ont pas permis de mieux réglementer l'usage des subventions à l'exportation. Bien au contraire, elles sont assez flexibles pour permettent aux quelques membres qui continuent d'y recourir, de les contourner. L'existence de la clause de paix, l'inefficacité des normes anti-contournement, le choix de la période de base, etc ont fait des subventions à l'exportation un régime d'exception dont bénéficient les membres les plus riches. Cette situation est à l'origine « d'un gap » au sein de l'OMC entre le traitement avantageux dont bénéficie les pays qui recourent aux soutiens à l'exportation et ceux qui n'y recourent pas. Depuis le lancement du cycle de Doha, nombreux sont les membres qui estiment que les normes actuelles sont irréformables ; d'où, une volonté de les supprimer. Cependant, malgré la multiplication des décisions ministérielles qui annoncent l'élimination des subventions à l'exportation, certains membres ne sont pas encore prêts à équilibrer les règles qui régissent les échanges agricoles.

Notes

1. J. Berthelot, *Les subventions des Etats et de l'UE au coton de 1995 à 2014* (Solidarité, 2016), pp.1–16. https://www.solasso.fr/wpcontent/uploads/2016/03/Les_subventions_des_EtatsUnis_et_de_l_UE_au_coton_de_1995_a_2014_12_mars_2016.pdf [Consulté le 19 décembre 2017]. J. E. Stiglitz et A. Charlton, *Pour un commerce mondial plus juste* (Editions Fayard, 2007), p.121.
2. I. Eba Nguema, « Current situation of agricultural trade : What effects does it have on food security in Africa ? » [2016] *International Journal of African Development* Vol.3 n°2, 23–36.
3. L. Chinotti, « L'Accord sur l'agriculture de l'Uruguay Round sur les pays en développement : une entrave ou une opportunité pour les pays en développement », Collection « Travaux de science politique » Institut d'Etudes Politiques et Internationales, Université de Lausanne, travaux scientifique n°17, 2004, pp.68–71.
4. H. P. Agbodjan, « Le droit de l'OMC et l'agriculture analyse critique et prospective du système de régulation des subventions agricoles » Thèse de doctorat, Université de Laval Québec et Université Montesquieu Bordeaux IV, 2011.
5. CNUCED, M. Shirotori, « Observation sur l'application de l'accord sur l'agriculture, in les initiatives des futurs pays en développement pour les futurs, in les initiatives des pays en développement pour les futures négociations commerciales » 2000 UNCTAD/ITC/TSB/10.
6. A. Matthews, « Les pays en développement et les négociations de l'OMC sur la libéralisation des échanges agricoles » [2002] *Economie Rurale* n°267, 5–18.
7. La formulation originale est : « les dispositions du GATT de 1994 et des autres Accords commerciaux multilatéraux figurant à l'Annexe 1A de l'Accord sur l'OMC seront applicables sous réserve des dispositions du présent accord ». Art.21.1 de l'Asa.
8. Rapport de l'organe d'appel, Etats-Unis, Subventions concernant le coton *Upland*, 2005, WT/DS267/AB/R, §532.
9. Rapport de l'organe d'appel, Etats-Unis, Subventions concernant le coton *Upland*, 2005, WT/DS267/AB/R, §532.
10. Article 1 de l'Accord SMC, Asa.
11. Rapport de l'organe d'appel, Canada-Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers, OMC, 1999, WT/DS103/AB/R, WT/DS113/AB/R, §87.
12. *Lexiques de termes juridiques* 2012, Dalloz, 19^{ème} édition, 2011, p.659.
13. Rapport du groupe spécial, Etats-Unis-Mesures traitant des restrictions à l'exportation comme des subventions, OMC, 2001, WT/DS194/R, § 8.29.
14. Rapport organe d'appel, Etats-Unis-Droits antidumping et droits compensateurs définitifs visant certains produits en provenance de la Chine, 2011, WT/DS379/AB/R, § 696.
15. Rapport de groupe spécial, Etats-Unis-Mesures traitant des subventions à l'exportation comme des subventions, 2001, WT/DS194/R, § 8.67.
16. Rapport de groupe spécial, Etats-Unis-Mesures traitant des subventions à l'exportation comme des subventions, 2001, WT/DS194/R, § 8.67.
17. Rapport de groupe spécial, Etats-Unis-Mesures traitant des subventions à l'exportation comme des subventions, 2001, WT/DS194/R, § 52.
18. Rapport de groupe spécial, Etats-Unis-Mesures traitant des subventions à l'exportation comme des subventions, 2001, WT/DS194/R, § 64.
19. Etats-Unis-Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada, OMC, 2001, WT/DS194/R, § 60.
20. Etats-Unis-Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada, OMC, 2001, WT/DS194/R, § 53.
21. Article 1.1, Accord sur les subventions et les mesures compensatoires. Voir https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/24-scm.pdf [Consulté le 19 décembre 2017].
22. *Dictionnaire Hachette langue française : apprentissage et maîtrise de la langue* (2001), p.93.
23. Rapport de l'organe d'appel, Brésil-programme de financement pour les exportations d'aéronefs, OMC, 1999, WT/DS46/AB/R, § 172.
24. cf. art.II, Gatt du 1994.
25. Article 1 § e, Asa.
26. WT/DS267/AB/R, § 583.
27. Article 9.1, Asa.
28. Rapport du groupe spécial, Canada-Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers, 1999, WT/DS103/AB/R, WT/DS113/AB/R, § 90.
29. Rapport du groupe spécial, Canada-Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers, 1999, WT/DS103/AB/R, WT/DS113/AB/R, § 87.
30. Rapport du groupe spécial, Canada-Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers, 1999, WT/DS103/AB/R, WT/DS113/AB/R.
31. Rapport du groupe spécial, Canada-Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers, 1999, WT/DS103/AB/R, WT/DS113/AB/R, §89.

32. Article 8, Asa.

33. « [s]ous réserve des dispositions des paragraphes 2 b) et 4 de l'article 9, un Membre n'accordera pas de subventions à l'exportation énumérées au paragraphe 1 de l'article 9 pour ce qui est des produits agricoles ou groupes de produits spécifiés dans la section II de la Partie IV de sa Liste excédant les niveaux d'engagement en matière de dépenses budgétaires et de quantités qui y sont spécifiés et n'accordera pas de telles subventions pour ce qui est de tout produit agricole non spécifié dans cette section de sa Liste ». Article 3.3, ASA.

34. Rapport de l'organe d'appel Communauté européenne-Subventions à l'exportation de sucre, 2005, WT/DS265/AB/R, WT/DS266/AB/R, WT/DS283/AB/R, § 193.

35. Dans l'affaire *CE-Sucre*, l'organe d'appel a constaté que : « Enfin, nous jugeons fondé le fait que le Groupe spécial s'est référé à la pratique des Communautés européennes en matière de notification au Comité de l'agriculture de l'OMC pour conclure que cette pratique n'était pas l'interprétation avancée par les Communautés européennes.

Si la note de bas de page 1 contient bien un engagement de la part des Communautés européennes en ce qui concerne les subventions à l'exportation qu'elles accordent pour les exportations de sucre équivalentes en volume à leurs importations effectives en provenance des pays ACP et d'Inde ou à 1,6 million de tonnes (bien qu'un tel engagement soit seulement un engagement de 'limitation' et non un engagement de 'réduction'), nous ne voyons pas pourquoi les Communautés européennes n'ont pas notifié au Comité de l'agriculture de l'OMC ce qu'il en était de leur respect de cet engagement tout au long de la période de mise en œuvre de l'Accord sur l'agriculture ». Report of the appellate body, European communities-Export subsidies on sugar, WT/DS265/AB/R, WT/DS266/AB/R, WT/DS283/AB/R, § 187.

36. CNUCED, M. Shirotori, Observation sur l'application de l'accord sur l'agriculture, in les initiatives des futurs pays en développement pour les futurs, in les initiatives des pays en développement pour les futures négociations commerciales, 2000, UNCTAD/ITC/TSB/10, p.177. Voir aussi https://www.wto.org/french/tratop_f/agric_f/inegs_bkgmd06_export_f.htm [Consulté le 19 décembre 2017].

37. Gatt, groupe des négociations sur l'accès au marché, Modalités de l'établissement d'engagements contraignants et spécifiques s'inscrivant dans le cadre du programme de réforme, décembre 1993, Annexe 8, § 5 MTN.GNG/MA/W/24.

38. Gatt, groupe des négociations sur l'accès au marché, Modalités de l'établissement d'engagements contraignants et spécifiques s'inscrivant dans le cadre du programme de réforme, décembre 1993, Annexe 8, § 5 MTN.GNG/MA/W/24.

39. Gatt, groupe des négociations sur l'accès au marché, Modalités de l'établissement d'engagements contraignants et spécifiques s'inscrivant dans le cadre du programme de réforme, décembre 1993, Annexe 8, § 5 MTN.GNG/MA/W/24.

40. Une liste non exhaustive des produits faisant l'objet de réduction a été adjoint aux modalités, il s'agit en outre : blé et farine de blé, viande bovine, céréales secondaires, viande porcine, riz, viande de volaille, graines oléagineuses, viande ovine, huiles végétales, animaux vivants, tourteaux, œufs, sucre, vin, beurre et huile de beurre, fruits, lait écrémé en poudre, légumes, fromages, tabac, autres produits laitiers, coton. MTN.GNG/MA/W/24, Annexe 8, §7.

41. P. McMichael, « La restructuration globale des systèmes agroalimentaires » [2002] Vol.1 n°117, 48.

42. P. McMichael, « La restructuration globale des systèmes agroalimentaires » [2002] Vol.1 n°117, 48.

43. CNUCED, M. Shirotori, « Observation sur l'application de l'accord sur l'agriculture, in les initiatives des futurs pays en développement pour les futurs, in les initiatives des pays en développement pour les futures négociations commerciales » 2000 UNCTAD/ITC/TSB/10, p.177.

44. OCDE, L'Accord du cycle de l'Uruguay sur l'Uruguay : une évaluation de sa mise en œuvre dans les pays de l'OCDE, 2001, p.91.

45. Rapport Résumé de la réunion de juin 2015, Note du Secrétariat, OMC, août 2015, G/AG/R/78, §2.11.

46. Rapport Résumé de la réunion de juin 2015, Note du Secrétariat, OMC, août 2015, G/AG/R/78, §2.11.

47. Article 9.2 (b), Asa.

48. CNUCED, M. Shirotori, « Observation sur l'application de l'accord sur l'agriculture, in les initiatives des futurs pays en développement pour les futurs, in les initiatives des pays en développement pour les futures négociations commerciales » 2000 UNCTAD/ITC/TSB/10, p.178.

49. CNUCED, M. Shirotori, « Observation sur l'application de l'accord sur l'agriculture, in les initiatives des futurs pays en développement pour les futurs, in les initiatives des pays en développement pour les futures négociations commerciales » 2000 UNCTAD/ITC/TSB/10, p.178.

50. OCDE, L'Accord du cycle de l'Uruguay sur l'Uruguay : une évaluation de sa mise en œuvre dans les pays de l'OCDE, 2001, p.92.

51. OCDE, L'Accord du cycle de l'Uruguay sur l'Uruguay : une évaluation de sa mise en œuvre dans les pays de l'OCDE, 2001, p.92.

52. CNUCED, M. Shirotori, « Observation sur l'application de l'accord sur l'agriculture, in les initiatives des futurs pays en développement pour les futurs, in les initiatives des pays en développement pour les futures négociations commerciales » 2000 UNCTAD/ITC/TSB/10, p.178.

53. Article 13 §c, al.i, Asa.

54. Article 13§ c, al.ii, Asa.

55. Article 10 § 3, Asa.

56. Article 13 § c, al.ii, ASa.

57. Article 10 § 1, Asa.

58. Article 10 §2, Asa.

59. OCDE, L'Accord du cycle de l'Uruguay sur l'Uruguay : une évaluation de sa mise en œuvre dans les pays de l'OCDE, 2001.

60. OCDE, L'Accord du cycle de l'Uruguay sur l'Uruguay : une évaluation de sa mise en œuvre dans les pays de l'OCDE, 2001, p.94.

61. OCDE, L'Accord du cycle de l'Uruguay sur l'Uruguay : une évaluation de sa mise en œuvre dans les pays de l'OCDE, 2001, p.95.

62. OCDE, L'Accord du cycle de l'Uruguay sur l'Uruguay : une évaluation de sa mise en œuvre dans les pays de l'OCDE, 2001, p.95.
63. Rapport Résumé de la réunion de juin 2015, Note du Secrétariat, OMC, août 2015, G/AG/R/78, §2.11.
64. Quatrième réunion extraordinaire du Comité de l'agriculture, 15–17 novembre 2000, déclaration prononcée par la Bolivie, OMC, décembre 2000, G/AG/NG/W/61, p.3.
65. Quatrième réunion extraordinaire du Comité de l'agriculture, 15–17 novembre 2000, déclaration prononcée par la Bolivie, OMC, décembre 2000, G/AG/NG/W/61, p.3.
66. « (a) Les produits suivants sont éligibles en tant qu'aide alimentaire au titre de la présente Convention, sous réserve des règles pertinentes sous le Règlement intérieur :
- (i) les céréales (blé, orge, maïs, millet, avoine, seigle, sorgho ou triticale) ou le riz ;
 - (ii) les produits de céréales ou les produits du riz de première ou de deuxième transformation ;
 - (iii) les légumineuses ;
 - (iv) l'huile comestible ;
 - (v) les tubercules comestibles (manioc, pommes de terre rondes, patates douces, ignames, taro), lorsque ceux-ci sont fournis dans le cadre de transactions triangulaires ou d'achats locaux ;
 - (vi) la poudre de lait écrémé ;
 - (vii) le sucre ;
 - (viii) les semences de produits éligibles ; et
 - (ix) dans les limites du paragraphe (b) ci-dessous, les produits qui entrent dans le régime alimentaire traditionnel des groupes vulnérables ou qui entrent dans des programmes de compléments nutritionnels et qui satisfont aux conditions visées au paragraphe (j) de l'article III de la présente Convention.
- (b) Le montant d'aide alimentaire fournie par un membre pour honorer son engagement au cours d'une année quelconque sous la forme de :
- (i) tous les produits visés au paragraphe (a) alinéa (vi) à (viii) du présent article, ne doit pas cumulativement dépasser 15 pour cent et aucune catégorie de ces produits prise individuellement ne peut dépasser 7 pour cent de son engagement, sans compter les coûts de transport et autres coûts opérationnels ;
 - (ii) tous les produits visés au paragraphe (a) alinéa (ix) du présent article, ne doit pas cumulativement dépasser 5 pour cent et aucun de ces produits pris individuellement ne peut dépasser 3 pour cent de son engagement, sans compter les coûts de transport et autres coûts opérationnels ;
 - (iii) dans le cas des engagements exprimés à la fois en tonnage et en valeur, les pourcentages stipulés aux alinéas i) et ii) qui précèdent seront calculés séparément en termes de tonnage d'une part et de valeur d'autre part, sans compter les coûts de transport et autres coûts opérationnels.
- (c) Dans le cadre de leur engagement, les membres peuvent fournir des micronutriments en association avec des produits éligibles. Ils sont encouragés à fournir, le cas échéant, des produits d'aide alimentaire fortifiés, notamment dans les situations d'urgence et dans le cadre de projets de développement ciblés. Article IV de la convention relative à l'aide alimentaire internationale ». Voir http://www.foodaidconvention.org/Pdf/convention/facjuly09_f.pdf [Consulté le 19 décembre 2017]. La convention relative à l'aide alimentaire de 1986 a été révisée en 1995 puis en 1999. Voir <http://www.foodaidconvention.org/fr/index/aboutthefac.aspx> [Consulté le 19 décembre 2017].
67. Article 10 § 4, Asa.
68. Quatrième réunion extraordinaire du Comité de l'agriculture du 15 novembre 2000, déclaration prononcée par la Bolivie, décembre 2000, G/AG/ NG/W/61, p.3.
69. Quatrième réunion extraordinaire du Comité de l'agriculture du 15 novembre 2000, déclaration prononcée par la Bolivie, décembre 2000, G/AG/ NG/W/61, p.3.
70. La Charte a pour objectif d'orienter l'aide alimentaire. Elle a été adoptée par les pays membres du Club du Sahel, puis reconnue par les principaux pays de l'OCDE (Canada, Communauté Economique Européenne, Etats-Unis, France, Pays-Bas, Allemagne). cf, Nouveaux contextes et enjeux de sécurité alimentaire au Sahel et en Afrique de l'Ouest, OCDE, Club du Sahel de l'Afrique de l'Ouest, 2008, p.8.
71. La Charte a pour objectif d'orienter l'aide alimentaire. Elle a été adoptée par les pays membres du Club du Sahel, puis reconnue par les principaux pays de l'OCDE (Canada, Communauté Economique Européenne, Etats-Unis, France, Pays-Bas, Allemagne). cf, Nouveaux contextes et enjeux de sécurité alimentaire au Sahel et en Afrique de l'Ouest, OCDE, Club du Sahel de l'Afrique de l'Ouest, 2008, p.8.
72. La Charte a pour objectif d'orienter l'aide alimentaire. Elle a été adoptée par les pays membres du Club du Sahel, puis reconnue par les principaux pays de l'OCDE (Canada, Communauté Economique Européenne, Etats-Unis, France, Pays-Bas, Allemagne). cf, Nouveaux contextes et enjeux de sécurité alimentaire au Sahel et en Afrique de l'Ouest, OCDE, Club du Sahel de l'Afrique de l'Ouest, 2008, pp.22 à 23.
73. E. Adam, Droit international de l'agriculture : sécuriser le commerce des produits agricoles, LGDJ, 2012, pp.145 à 146.
74. E. Adam, Droit international de l'agriculture : sécuriser le commerce des produits agricoles, LGDJ, 2012, pp.145 à 146.
75. Article 9 § 4, Asa.
76. Déclaration ministérielle de Hong Kong, décembre 2005, WT/MIN(05)/DEC. Voir https://www.wto.org/french/thewto_f/minist_f/min05_f/final_text_f.htm [Consulté le 19 décembre 2017].
77. Déclaration faite par les pays africains devant le Comité des négociations commerciales de l'Uruguay Round, Comité des négociations commerciales, Gatt, juillet 1960, MTN.TNC/W/23.
78. H. Gaymard, « L'agriculture au cœur de l'avenir de l'Afrique » [2009] *Politique étrangère* Vol.2, 267.
79. C. Golay, *Crise et sécurité alimentaire : vers un nouvel ordre alimentaire mondial* (2010), pp.229–248. Consulté en ligne via <https://poldev.revues.org/133> [Consulté le 19 décembre 2017].
80. J. Gallezot et F. Bernard, « Les subventions aux exportations agricoles de l'UE à destination de l'Afrique » [2004] *World Bank* 27.

81. M.-C.A. Alpha et Lebret (dir), *Guide pratique, Agriculture et OMC en Afrique, Comprendre pour agir, ouvrage collectif*, Edition Gret (2007), p.66. Au Kenya (pays d'Afrique de l'Est) l'entrée de produits laitiers subventionnés a eu des effets néfastes sur la production laitière locale. Pour plus de détails, voir l'étude M. J. Watts, A. Nölke et A. Schmidt, *Impact of the United States' and the European Unions' Agricultural Subsidies on African Countries* (Berkeley (University of California), Goethe (University of Frankfurt Am Main), 2016). Voir http://www.wivi-frankfurt.de/wp-content/uploads/2016/12/02-06-Alice_Schmidt-web.pdf [Consulté le 19 décembre 2017].
82. M.-C.A. Alpha et Lebret (dir), *Guide pratique, Agriculture et OMC en Afrique, Comprendre pour agir, ouvrage collectif*, Edition Gret (2007), p.159.
83. Groupe africain à l'OMC, Propositions conjointes concernant les négociations sur l'agriculture, OMC, 2001, G/AG/NG/W/142, p.3.
84. G/AG/R/78, §2.12.
85. A. Diouf, « L'Afrique et le droit à la différence dans les négociations commerciales internationales : OMC, APE » [2009] *Intégration Régionale* 299.
86. A. Arlène, *Impact des mesures de soutien à l'exportation et de l'aide alimentaire sur la sécurité alimentaire* (Gret, 2006), pp.51 à 54.
87. L. Goreux, « Le coton en zone franc et les subventions américaines et européennes : avant et après Cancun » in *Afrique contemporaine* (2003), Vol.3 n°207 pp.59–70.
88. J. E Stiglitz et A. Charlon, *Pour un commerce mondial plus juste* (Fayard, 2007), p.121. Sur la question du coton voir également voir l'étude de M. J. Watts, A. Nölke et A. Schmidt, *Impact of the United States' and the European Unions' Agricultural Subsidies on African Countries* (Berkeley (University of California), Goethe (University of Frankfurt Am Main), 2016).
89. G. Mutume, « Opposition croissante aux subventions agricoles du Nord » in *Afrique Relance* (2003) Vol.17 n°1 p.18. Voir <http://www.un.org/fr/africarenewal/vol17no1/171agr4f.htm> [Consulté le 19 décembre 2017].
90. J. Berthelot, *Les subventions des Etats et de l'UE au coton de 1995 à 2014* (Solidarité), p.1. Voir https://www.sol-asso.fr/wpcontent/uploads/2016/03/Les_subventions_des_EtatsUnis_et_de_l_UE_au_coton_de_1995_a_2014_12_mars_2016.pdf [Consulté le 19 décembre 2017].
91. J. Berthelot, *Les subventions des Etats et de l'UE au coton de 1995 à 2014* (Solidarité), p.1.
92. E. Wagenhofer et M. Annas, *Le marché de la faim* (Actes Sud et Babel, 2007), p.35.
93. Concurrence à l'exportation, décision ministérielle du 19 décembre 2015, OMC, décembre 2015, WT/MIN(15)/45 WT/L/980, §6.
94. Concurrence à l'exportation, décision ministérielle du 19 décembre 2015, OMC, décembre 2015, WT/MIN(15)/45 WT/L/980 note de bas de page n°3.
95. Concurrence à l'exportation, décision ministérielle du 19 décembre 2015, OMC, décembre 2015, WT/MIN(15)/45 WT/L/980 note de bas de page n°4.
96. Concurrence à l'exportation, décision ministérielle du 19 décembre 2015, OMC, décembre 2015, WT/MIN(15)/45 WT/L/980.
97. Pour plus d'information sur les effets potentiels de la crise alimentaire en Afrique : voire, W. Anseeuw et A. Wambo, « Le volet agricole du Nouveau partenariat pour le développement de l'Afrique (NEPAD) peut-il répondre à la crise alimentaire du continent ? » in *Herodote* (2008) Vol.4 n°131 pp.40–57.
98. G/AG/NG/W/142, §15.
99. WT/MIN(15)/45 WT/L/980, §7.
100. Article 9, §4, Asa.
101. WT/MIN(15)/45 WT/L/980, §8.
102. La liste d'engagement des membres est disponible sur : https://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_ftif_f/org6_f.htm [Consulté le 19 décembre 2017].
103. Précisons que toutefois que la possibilité de pouvoir recourir sans restriction temporelle des dispositions de l'art.9.4 de l'Asa faisait partie des propositions du groupe africain. G/AG/NG/W/142, §16.
104. Déclaration de l'ambassadeur Vangelis Vitalis au Comité de l'agriculture en session extraordinaire, Comité de l'agriculture, OMC, juillet 2016, JOB/AG/80, p.5. Rapport du président de la session extraordinaire du Comité de l'agriculture, M. l'ambassadeur Vangelis Vitalis, à la réunion informelle des chefs de délégation, OMC, juillet 2016, JOB/AG/81, p.3.
105. Communication des pays co-auteurs de l'initiative sectorielle en faveur du coton, communication du C4 sur le coton post-Nairobi, comité de l'agriculture, OMC, juin 2016, JOB/AG/74 TN/AG/SCC/GEN/15.
106. JOB/AG/81, p.3.
107. Communication des pays co-auteurs de l'initiative sectorielle en faveur du coton, Comité de l'agriculture, juin 2016, JOB/AG/74 TN/AG/SCC/GEN/15, P.5.
108. JOB/AG/74 TN/AG/SCC/GEN/15, p.1.
109. JOB/AG/74 TN/AG/SCC/GEN/15, p.1.

ACTUALITES


1. **Droit du commerce international et de la concurrence**
International Trade and Competition Law
2. **Emergence d'un droit international/régional des affaires**
Emergence of an International/Regional Business Law
3. **Droit et pratique des investissements internationaux**
International Investments Law and Practice
4. **Sûretés, paiements et financements internationaux**
Securities, International Payments and Financing
5. **Fiscalité internationale**
International Taxation
6. **Arbitrage international et autres modes de règlement des conflits**
International Arbitration and Alternative Dispute Resolution
7. **Energie et infrastructures**
Energy and Infrastructures

1. DROIT DU COMMERCE INTERNATIONAL ET DE LA CONCURRENCE INTERNATIONAL TRADE AND COMPETITION LAW

POLITIQUES DE CONCURRENCE

COMPETITION POLICIES

Nathalie JALABERT-DOURY,* Estelle LECLERC,** Jean-Maxime BLUTEL,***
et Paul DODELLER****

 Competition policy; Confidential information; De minimis; Discounts; Efficiencies; EU law; Hearing officers; India; Public procurement procedures; South Africa; South Korea; Taiwan; Tanzania

UNION EUROPEENNE

COUR DE JUSTICE : LES AVANTAGES LIES A L'EFFICACITE PEUVENT ETRE PRIS EN COMPTE DANS L'ANALYSE AUX FINS DE SAVOIR SI UN SYSTEME DE RABAIS ENTRE DANS LE CHAMP DE L'ART.102, TFUE

Le 6 septembre 2017,¹ la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a annulé l'arrêt du Tribunal² qui confirmait la décision de la Commission européenne d'imposer une amende de 1,06 milliards d'euros au

EUROPEAN UNION

COURT OF JUSTICE: EFFICIENCIES CAN BE TAKEN INTO ACCOUNT IN ASSESSING WHETHER A SYSTEM OF REBATES FALLS WITHIN THE SCOPE OF THE PROHIBITION LAID DOWN IN ART.102 TFEU

On 6 September 2017, the Court of Justice of the European Union (ECJ) set aside the judgment of the General Court which confirmed the decision of the European Commission to impose a fine of €1.06 billion on the microchip manufacturer Intel for having abused

* Avocat associé, Mayer Brown Paris.

** Avocat, Mayer Brown Paris.

*** Avocat, Mayer Brown Paris.

**** Avocat, Mayer Brown Paris.

its dominant position on the central processing units (CPU) market.

According to the Commission, Intel abused its dominant position by granting loyalty rebates to four major computer manufacturers (Dell, Lenovo, HP and NEC) on the condition that they purchased most of their CPUs from Intel and by payments to a retailer conditioned on the exclusive sale of computers containing Intel's CPUs.

In its decision, the Commission stated that loyalty rebates and payments granted by an undertaking in a dominant position were per se abusive but nevertheless applied an "As-Efficient-Competitor" test (AEC test) that led to the conclusion that an as efficient competitor would have had to offer prices which would not have been viable and that such rebates constituted an abuse capable of foreclosing Intel's main competitor.

The General Court confirmed the Commission's decision but discarded the need to apply the AEC test stating that it was unnecessary to consider the effects of loyalty rebates and payments granted by an undertaking in a dominant position that are, by nature, capable of restricting competition.

According to Intel, the General Court failed to consider in its assessment certain circumstances such as notably the insufficient market coverage of the rebates, the short duration of the practices at issue and the lack of foreclosure.

In its judgment, the ECJ recalls first that the purpose of art.102 TFEU is neither to prevent an undertaking from acquiring, on its own merits, a dominant position on a market, nor to ensure that competitors less efficient than the undertaking with the dominant position should remain on the market. The ECJ thus concludes that not every exclusionary effect is necessarily detrimental to competition.

The ECJ further states that, when examining whether loyalty rebates are capable of restricting competition, the Commission is required to examine all circumstances of the case, including (i) the extent of the dominant position; (ii) the share of the market covered by the rebates; (iii) the conditions, duration, and amount of the practices and (iv) whether the company possibly aimed at excluding competitors that are at least as efficient. The ECJ also confirmed that efficiencies can be taken into account in assessing whether a system of rebates falls within the scope of the prohibition laid down in art.102 TFEU.

fabricant de processeurs Intel pour avoir abusé de sa position dominante sur le marché des unités centrales de traitement (CPU).

Selon la Commission, Intel aurait abusé de sa position dominante en accordant des rabais conditionnels à quatre des plus importants fabricants d'ordinateurs (Dell, Lenovo, HP et NEC) à la condition qu'ils effectuent la quasi-totalité de leurs approvisionnements en CPU auprès d'Intel, et par des remises conditionnelles à des distributeurs basées sur la vente exclusive d'ordinateurs contenant des CPU produits par Intel.

Dans sa décision,³ la Commission avait établi que des remises et rabais conditionnels accordés par une entreprise en position dominante sont abusifs par nature, mais celle-ci avait néanmoins appliqué le test du « Concurrent Aussi Efficace » (test AEC) qui l'avait conduit à la conclusion qu'un concurrent aussi efficace qu'Intel aurait dû proposer des prix qui n'auraient pas été soutenables et qu'ainsi de tels rabais constituaient un abus susceptible d'exclure le principal concurrent d'Intel sur le marché.

Le Tribunal a confirmé la décision de la Commission tout en écartant la nécessité d'appliquer le test AEC en considérant que la qualification d'abusif de tels rabais et remises ne dépend pas d'une analyse des circonstances de l'espèce visant à établir la capacité de ceux-ci à restreindre la concurrence.

Selon Intel, le Tribunal a omis de prendre en compte certaines circonstances dans son analyse telles que l'insuffisante couverture du marché par les rabais litigieux, la courte durée des pratiques contestées ou encore l'absence de verrouillage.

Dans son jugement du 6 septembre, la CJUE accueille les arguments d'Intel et rappelle que l'art.102 du TFUE n'a aucunement pour but d'empêcher une entreprise de conquérir, par ses propres mérites, la position dominante sur un marché. Cette disposition ne vise pas non plus à assurer que des concurrents moins efficaces que l'entreprise occupant une position dominante restent sur le marché. La CJUE en conclut ainsi que tout effet d'éviction ne porte pas nécessairement atteinte au jeu de la concurrence.

A ce titre, la CJUE établit que, afin de déterminer si des rabais ont la capacité de restreindre la concurrence, la Commission doit examiner toutes les circonstances de l'espèce, et notamment (i) l'importance de la position dominante de l'entreprise sur le marché pertinent, (ii) le taux de couverture du marché par la pratique contestée, (iii) les conditions et les modalités d'octroi des rabais en cause, leur durée et leur montant, et (iv) l'existence éventuelle d'une stratégie visant à évincer les concurrents au moins aussi efficaces. La CJUE confirme également que les

éventuels avantages en termes d'efficacité générés par les rabais peuvent être pris en compte pour apprécier si un système de rabais relevant en principe de l'interdiction de l'art.102 du TFUE peut être objectivement justifié.

La CJUE renvoi ainsi l'affaire devant le Tribunal afin que celui-ci examine, à la lumière des arguments avancés par Intel, la capacité des rabais litigieux de restreindre la concurrence.

Enfin, Intel avait également soulevé qu'un entretien informel mené par les enquêteurs de la Commission durant les inspections aurait dû faire l'objet d'un enregistrement, au même titre que les entretiens formels, et être versé aux débats afin de pouvoir s'en servir pour sa défense. La CJUE rejette la distinction opérée par la Commission entre les entretiens formels et informels et impose à la Commission l'enregistrement de tout entretien mené dans le cadre de la collecte d'informations au cours de l'enquête.

COUR DE JUSTICE

LA CJUE APPORTE DES PRECISIONS SUR LA COMPÉTENCE DU CONSEILLER-AUDITEUR EN MATIÈRE DE PROTECTION DES INFORMATIONS CONFIDENTIELLES

Le 26 juillet 2017, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a rejeté le pourvoi formé par AGC Glass contre l'arrêt du Tribunal de l'Union européenne (TUE), bien que ce dernier ait commis une erreur de droit sur la compétence du conseiller-auditeur, et clarifie les contours de la protection accordée aux informations fournies par le demandeur de clémence dans le cadre de cette procédure.⁴

En 2008, la Commission européenne a rendu une décision au fond par laquelle elle a sanctionné plusieurs fabricants de verre automobile dont AGC Glass Europe et ses filiales (ensemble « AGC Glass ») pour des pratiques anticoncurrentielles de partage de marchés et d'échanges d'informations commercialement sensibles en ce qui concerne la fourniture de verre automobile au sein de l'EEE.⁵ En mars 2009, la Commission a informé les requérantes de son intention de publier une version non-confidentielle de la décision de condamnation sur son site internet et leur a demandé d'identifier les informations qu'elles estimaient confidentielles ou relever du secret des affaires et, le cas échéant, de justifier leur appréciation. Les requérantes ont demandé à ce que les informations contenant les noms des clients, les noms et description des produits ainsi que les autres informations qui permettraient d'identifier un client soient occultées. La Commission n'a pas donné une suite favorable aux demandes des requérantes.

To this extent, the court refers the case back to the General Court so that it may examine, in the light of the arguments put forward by Intel, whether the rebates at issue are capable of restricting competition.

In addition, Intel had complained that an informal interview lead by Commission officials during the inspections should have been recorded, such as for formal interviews, and disclosed as evidence that could have helped its defense. The ECJ rejected the distinction drawn by the Commission between "informal" and "formal" interviews when it is collecting information during an investigation. The Commission must thus comply with the requirements to record any interview as part of its information-gathering investigation process.

COURT OF JUSTICE

THE ECJ BRINGS CLARIFICATIONS ON THE HEARING OFFICER'S COMPETENCE REGARDING THE PROTECTION OF CONFIDENTIAL INFORMATION

On 26 July 2017, the Court of Justice of the European Union (ECJ) dismissed AGC Glass' appeal against the General Court judgment, although it committed an error on the Hearing Officer's competence, and provided guidance on the scope of protection conferred to information provided by the leniency beneficiary in the course of the leniency procedure.

In 2008, the European Commission issued an infringement decision in which it fined a number of car glass manufacturers including AGC Glass Europe and its subsidiaries (AGC Glass), for having engaged in illegal market sharing and the exchanging of commercially sensitive information as regards deliveries of car glass within the EEA. In March 2009, the Commission informed the appellants of its intention to publish a non-confidential version of the infringement decision on its website, and asked them to identify any information that was confidential or constituted business secrets and to give reasons for their assessment in that regard. The applicants requested that the information containing the names of customers, the names and description of products and any information which would enable a customer to be identified to be excluded from the decision. The Commission refused various requests for confidential treatment.

As a result, AGC Glass repeated most of its requests for confidentiality to the Hearing Officer. On 6 August 2012, the Hearing Officer issued a decision in which he rejected most of these requests and declined competence to assess certain objections related to the principles of the protection of legitimate expectations and equal treatment. On 19 October 2012, AGC Glass lodged an action for annulment of this decision. The General Court's judgment confirmed the Hearing Officer's decision and dismissed AGC Glass' appeal.

The appellants then filed an appeal against the General Court's judgment before the ECJ alleging that it (i) erred in law in holding that the Hearing Officer was not competent to examine their requests for confidential treatment in light of the principles of the protection of legitimate expectations and equal treatment, (ii) erred in law in concluding that the Commission's decision did not breach the principles of legitimate expectations and equal treatment—given that AGC entities were leniency applicants, they had the right not to have their confidential information disclosed, as such publication of the content of the documents provided would enable third parties to identify the source of self-incriminating statements to the Commission in the context of the leniency program, (iii) issued a judgment vitiated by insufficient reasoning.

The ECJ has ruled that the General Court erred in law in finding that the Hearing Officer had been entitled to decline competence to answer the applicants' objections to the proposed publication on the basis of the principles of the protection of legitimate expectations and equal treatment. Nonetheless, that error is not of a kind to require the annulment of the judgment. In its judgment, the General Court indeed highlighted that the Hearing Officer made an assessment of the arguments related to the breach of the principles of protection of legitimate expectations and equal treatment. As regards the second ground of appeal, the ECJ recalled that rules underpinning the leniency programme:

“have neither the object nor the effect of prohibiting the Commission from publishing the information relating to the elements constituting the infringement of Article 101 TFEU which was submitted to it in the context of the leniency programme and which does not enjoy protection against publication on another ground.”

It pointed out that the leniency applicant is only entitled to be granted protection for statements made within the leniency procedure and rejected the second ground as a consequence. The third ground neither convinced the ECJ which dismissed the appeal in its entirety.

AGC Glass a réitéré ses demandes devant le conseiller-auditeur. Le 6 août 2012, le conseiller-auditeur a rendu une décision rejetant la plupart des demandes et décliné sa compétence pour examiner certaines objections soulevées par les requérantes sur le fondement du respect des principes de protection de la confiance légitime et d'égalité de traitement.⁶ Le 19 octobre 2012, AGC Glass a introduit un recours en annulation de cette décision. Le TUE a conforté le raisonnement du conseiller-auditeur et a rejeté le recours d'AGC Glass.⁷

Les requérantes ont ensuite formé un pourvoi contre l'arrêt du TUE devant la CJUE arguant que la juridiction de première instance (i) avait commis une erreur de droit en jugeant que le conseiller-auditeur n'était pas compétent pour apprécier leurs demandes de confidentialité fondées sur les principes de protection de la confiance légitime et d'égalité de traitement, (ii) avait commis une erreur de droit en ce que celui-ci a rejeté à tort son argumentation selon laquelle la décision litigieuse a méconnu les principes de protection de la confiance légitime et d'égalité de traitement — les informations confidentielles publiées permettant aux tiers d'identifier des déclarations auto-incriminantes à la Commission dans le contexte du programme de clémence, (iii) était entachée d'un défaut de motivation.

La CJUE a conclu que le TUE avait effectivement commis une erreur de droit en jugeant que le conseiller-auditeur avait décliné à bon droit sa compétence pour répondre aux objections à la publication envisagée par la Commission, soulevées par les requérantes sur le fondement du respect des principes de protection de la confiance légitime et d'égalité de traitement. Cependant, cette erreur de droit n'est pas de nature à entraîner l'annulation de l'arrêt attaqué. Dans son arrêt, le TUE a en effet souligné que le conseiller-auditeur a examiné, dans la décision litigieuse, les arguments tirés de la violation des principes de protection de la confiance légitime et d'égalité de traitement. S'agissant du second moyen, la CJUE a rappelé que les règles qui entourent le programme de clémence n'ont :

« ni pour objet ni pour effet d'empêcher la Commission de publier, dans sa décision mettant fin à la procédure administrative, les informations relatives à la description de l'infraction qui lui ont été soumises dans le cadre du programme de clémence et que ladite communication ne crée pas de confiance légitime à cet égard. »

La Cour a relevé que le demandeur de clémence n'a droit qu'à une protection des déclarations faites dans le cadre de la procédure de clémence et a rejeté le deuxième moyen en conséquence. Le troisième moyen n'a pas plus convaincu la CJUE qui rejette le pourvoi dans son intégralité.

ETATS MEMBRES DE L'UNION EUROPEENNE

ROYAUME-UNI : LA CMA REVISE LES SEUILS D'EXEMPTION DE MINIMIS

Le 16 juin 2017, l'Autorité de la concurrence et des marchés (CMA) a publié une version révisée des lignes directrices⁸ concernant l'exemption de minimis qui permet à la CMA de ne pas soulever de problèmes de concurrence et de ne pas ouvrir une Phase 2 pour les concentrations impliquant des marchés dont l'importance est jugée insuffisante.

La CMA peut en effet autoriser une concentration qui est susceptible de soulever des problèmes de concurrence sur tout marché de biens ou de services au Royaume-Uni si les marchés concernés ont une importance insuffisante, considérant que le coût d'un examen en Phase 2 serait disproportionné au regard de la taille des marchés concernés.

Les nouvelles lignes directrices établissent ainsi des seuils révisés à la hausse afin de déterminer si un marché est d'importance significative :

- l'exemption de minimis n'est pas de nature à s'appliquer lorsque le chiffre d'affaires annuel agrégé réalisé sur un marché au Royaume-Uni est supérieur à 15 millions de livres (environ 17 millions d'euros) ; et
- l'ouverture d'un examen en Phase 2 ne sera pas considérée comme nécessaire, sauf circonstances exceptionnelles, lorsque le chiffre d'affaires annuel agrégé réalisé sur un marché au Royaume-Uni est inférieur à 5 millions de livres (environ 5,6 millions d'euros).

Lorsque la taille du marché se situe entre ces deux seuils, la CMA continue d'analyser si le préjudice causé au consommateur susceptible de résulter de la concentration envisagée est supérieur au coût d'un examen en Phase 2.

La mise en œuvre de l'exemption de minimis reste à la discrétion de la CMA qui examine tout d'abord si les parties à la concentration sont en mesure de proposer des engagements afin de remédier aux éventuels problèmes de concurrence, avant d'appliquer l'exemption de minimis.

ALLEMAGNE : LES ENTREPRISES AYANT ENFREINT LE DROIT DE LA CONCURRENCE PEUVENT ETRE EXCLUES DES PROCEDURES PUBLIQUES D'APPEL D'OFFRE

Le 29 juillet 2017, la loi sur le registre de concurrence⁹ a introduit un registre listant les entreprises condamnées pour différentes violations de la loi (jugement final, non susceptible d'appel), notamment pour des infractions de

MEMBER STATES

UNITED KINGDOM: CMA REVISES THE DE MINIMIS EXEMPTION THRESHOLDS

On 16 June 2017, the Competition and Markets Authority (CMA) published a revised guidance on the de minimis exemption which allows the CMA to decide not to raise competition concerns and refer to an in-depth Phase 2 mergers involving markets of insufficient importance.

The CMA has discretion to clear a merger that may raise competition concerns in any market for goods and services in the UK if the markets concerned are of insufficient importance, considering that the cost of conducting a Phase 2 investigation would be disproportionate to the size of the market under review.

The revised guidance sets out increased thresholds to determine whether a market is of significant importance:

- the de minimis exception would not apply where the annual aggregate turnover achieved on a market in the UK is more than £15 million (approximately €17 million); and
- a reference for a phase 2 investigation would not be considered necessary, unless exceptional circumstances, where the annual aggregate turnover achieved on a market in the UK is below £5 million (approximately €5.6 million).

Where the size of the market is between these thresholds, the CMA will continue to assess whether the expected customer harm resulting from the envisaged merger would be greater than the cost of a Phase 2 investigation.

Application of the de minimis exemption to a merger stays at the discretion of the CMA which will first consider whether merging parties could in principle offer remedies to address any competition concerns before applying the de minimis exemption.

GERMANY: UNDERTAKINGS INFRINGING COMPETITION RULES CAN BE EXCLUDED FROM PUBLIC PROCUREMENT PROCEDURES

On 29 July 2017, the Competition Registry Act (CRA) introduced a register that lists undertakings that have been condemned for various law infringements (final judgment, non-appealable), notably violations of competition law but also financing of terrorism,

corruption, money laundering, subsidy fraud, tax evasion, etc. The register will be hosted by the Federal Cartel Office.

Public contracting authorities offering tenders worth €30,000 or more will have to consult the register to verify whether participating undertakings may or must be excluded from public procurement because of such offences. Undertakings can also request information concerning any registrations about them contained in the register for competition.

Entries into this register may lead to exclusion from public procurement for three to five years depending on the offence committed. As regards cartels, such infringements to competition law are considered as non-mandatory ground for exclusion from public procurement and the contracting authority will have discretion whether it will disqualify the bidder concerned.

Only decisions by German authorities are taken into account in the register, excluding foreign infringement decisions such as those of the European Commission.

Registrations in the register for competition will automatically be deleted after three years or after five years (in case of criminal offences). However, an undertaking may request its deletion before expiration of the relevant time period if it is able to provide for evidence of self-cleaning through remedial actions and justify the necessity of such deletion. If a request for deletion is rejected, the undertaking can file an appeal before the competent Higher Regional Court.

INTERNATIONAL

SOUTH AFRICA: AMENDMENTS TO THE SOUTH AFRICAN MERGER CONTROL REGIME

On 15 September 2017, the South African Government published new merger control thresholds applicable as of 1 October 2017. Under the revised thresholds, any transaction meeting the following conditions now require prior notification to the Competition Commission of South Africa (CompCom):

- Intermediate merger: the combined South African turnover or value of assets of all parties exceeds ZAR 600 million (approximately €41.76 million) (instead of ZAR 560 million previously); and the South African turnover or

concurrence mais également pour financement d'activité terroriste, corruption, blanchiment d'argent, détournement de subventions, évasion fiscale, etc. Le registre de concurrence sera tenu par l'Office fédéral de lutte contre les cartels (« Bundeskartellamt »).

Les autorités publiques contractantes effectuant des appels d'offres pour des marchés d'une valeur de 30.000 euros ou plus sont tenues de consulter ce registre afin de vérifier que les entreprises soumissionnaires peuvent ou doivent être exclues du marché public pour avoir été condamnées pour de telles infractions. Les entreprises ont également la possibilité de demander les informations les concernant figurant au registre de la concurrence.

Un référencement dans ce registre peut conduire à une exclusion de toute participation à un marché public pour une période allant de trois à cinq ans en fonction de l'infraction commise. En ce qui concerne les cartels, de telles violations du droit de la concurrence ne sont pas considérées comme étant des motifs obligatoires d'exclusion et l'autorité contractante peut choisir d'exclure ou non le soumissionnaire concerné.

Seules les décisions des autorités allemandes sont prises en compte dans le registre. Sont ainsi exclues à ce stade les décisions des autorités étrangères et notamment celles de la Commission européenne.

Tout référencement dans le registre sera automatiquement supprimé après trois ans, ou cinq ans en cas d'infraction pénale. Toutefois, une entreprise peut demander que son nom soit supprimé du registre avant l'expiration du délai applicable si elle est en mesure d'apporter la preuve que des mesures correctives ont été mises en œuvre et de justifier de la nécessité d'une telle suppression. En cas de rejet de la demande de suppression, l'entreprise concernée peut saisir la Haute Cour régionale compétente.

INTERNATIONAL

AFRIQUE DU SUD : REVISION DES SEUILS DE CONTROLE DES CONCENTRATIONS

Le 15 septembre 2017, le gouvernement sud-africain a publié de nouveaux seuils de contrôle des concentrations applicables à compter du 1 octobre 2017. Conformément aux seuils révisés, toute opération remplissant les conditions suivantes doit être notifiée à la Competition Commission of South Africa (CompCom) :

- concentrations de taille intermédiaire : le chiffre d'affaires ou la valeur totale des actifs en Afrique du Sud de l'ensemble des parties à l'opération est supérieur à 600 millions de rands (environ

41,76 millions d'euros) (au lieu de 560 millions de rands auparavant) ; et le chiffre d'affaires ou la valeur des actifs de la cible en Afrique du Sud est supérieur à 100 millions de rands (environ 6,96 millions d'euros) (au lieu de 80 millions de rands auparavant).

- concentration de grande taille : le chiffre d'affaires ou la valeur totale des actifs en Afrique du Sud de l'ensemble des parties à l'opération est supérieur à 6,6 milliards de rands (environ 459,52 millions d'euros) ; et le chiffre d'affaires ou la valeur des actifs de la cible en Afrique du Sud est supérieur à 190 millions de rands (environ 13,22 millions d'euros).

value of assets of the target exceeds ZAR 100 million (approximately €6.96 million) (instead of ZAR 80 million previously).

- Large merger: the combined South African turnover or value of assets of all parties exceeds ZAR 6.6 billion (approximately €459.52 million); and the South African turnover or value of assets of the target exceeds ZAR 190 million (approximately €13.22 million).

COREE DU SUD : REVISION DES SEUILS DU CONTROLE DES CONCENTRATIONS

Le 19 octobre 2017, les seuils révisés du contrôle des concentrations en Corée du Sud sont entrés en vigueur.¹⁰ Une opération de concentration doit ainsi être notifiée à la Commission coréenne de surveillance des pratiques commerciales (« Korean Fair Trade Commission ») lorsque :

- une des parties à la concentration réalise un chiffre d'affaires mondial ou détient des actifs d'une valeur supérieure à 300 milliards de wons sud-coréens (environ 232 millions d'euros) ; et
- une deuxième partie à la concentration réalise un chiffre d'affaires mondial ou détient des actifs d'une valeur supérieure à 30 milliards de wons sud-coréens (environ 23 millions d'euros).

En ce qui concerne les opérations « foreign to foreign », une notification n'est requise que si les seuils ci-dessus sont franchis et que chacune des parties réalise un chiffre d'affaires en Corée du Sud supérieur à 30 milliards de wons sud-coréens (environ 23 millions d'euros).

TANZANIE : LA FCC ELEVE SON SEUIL DE CONTROLE DES CONCENTRATIONS

Le 2 juin 2017, la Fair Competition Commission tanzanienne (FCC) a publié une Ordonnance dans laquelle elle élève son seuil de notification des concentrations.¹¹

En application du nouveau régime, une concentration est notifiable auprès de la FCC lorsque la valeur cumulée des actifs ou le chiffre d'affaires mondial réalisé par l'ensemble des parties à la concentration est supérieur à 3,5 milliards de shillings tanzaniens (environ 1,34 millions d'euros) (au lieu de 800 millions de shillings tanzaniens auparavant).

Pour qu'une opération soit notifiable, la FCC requière en pratique que la cible ait une présence physique en Tanzanie plutôt que de simplement réaliser des ventes dans ce pays.

SOUTH KOREA: REVISED MERGER CONTROL THRESHOLDS

On 19 October 2017, the revised merger control thresholds in South Korea have come into force. A transaction will require a notification to the Korea Fair Trade Commission when:

- one party has worldwide turnover or assets of at least KRW 300 billion (approximately €232 million), and
- a second party has worldwide turnover or assets of at least KRW 30 billion (approximately €23 million).

As regards, foreign-to-foreign transactions, a notification is only required when the above thresholds are met and when the turnover achieved in South Korea of each party is of at least KRW 30 billion.

TANZANIA: THE FCC INCREASES THE MERGER NOTIFICATION THRESHOLD

On 2 June 2017, the Fair Competition Commission (FCC) issued an Order increasing the merger notification threshold.

Under the new regime, a merger is notifiable to the FCC if the worldwide combined value of assets or turnover of the merging parties exceeds TZS 3.5 billion (approximately €1.34 million) (instead of TZS 800 million previously).

Conventionally, in practice, the FCC require the target to have a physical presence in Tanzania rather than merely generating sales into the country.

INDIA: REMOVAL OF THE DEADLINE TO NOTIFY A TRANSACTION

On 29 June 2017, the Government of India amended the rules governing merger control by removing the 30-day deadline to notify a transaction to the Competition Commission of India (CCI). A transaction may now be notified at any time following the conclusion of any definitive document settling an agreement to realise it.

Naturally, the merging parties still have to suspend closing when the transaction is notifiable and cannot implement it before CCI's approval.

This amendment, in force for a period of five years, brings therefore more flexibility to merging parties which faced before an immediate burden to comply with the merger notification requirement.

TAIWAN: EXTENSION OF THE TIMEFRAME FOR REVIEWING MERGERS

On 16 June 2017, an amendment to the merger control regime came into force shifting the timeframe granted to the Taiwanese Fair Trade Commission (TFTC) for reviewing mergers from calendar days to working days. From now onwards, the TFTC enjoys a period of 30 working days from receiving the complete file of notification to review the transaction. The TFTC still has the possibility to extend this period up to 60 working days.

Recent cases dealt with by the TFTC showed the difficulties which it faced when reviewing complex merger within the timeframe granted formerly. This amendment has been designed to avoid an excessive use of the "stop the clock" that shall remain an exceptional tool.

INDE : SUPPRESSION DU DELAI POUR NOTIFIER UNE CONCENTRATION

Le 29 juin 2017, le gouvernement indien a amendé les règles applicables au contrôle des concentrations en supprimant le délai de 30 jours pour notifier une concentration auprès de la Competition Commission of India (CCI).¹² En effet, une concentration peut désormais être notifiée à tout moment après la conclusion de l'accord définitif de réalisation de l'opération.

Naturellement, le *closing* de l'opération ne peut être réalisé avant d'avoir obtenu l'autorisation de la CCI.

Cette modification, en vigueur pour une durée de cinq ans, apporte davantage de souplesse aux entreprises dans la mesure où elles maîtrisent désormais le calendrier de la structuration de leurs opérations de concentration.

TAIWAN : EXTENSION DU DELAI D'EXAMEN DES CONCENTRATIONS

Le 16 juin 2017, une modification du contrôle des concentrations taiwanais est entrée en vigueur, faisant passer le décompte du délai d'examen d'une opération de concentration notifiée auprès de la Taiwan Fair Trade Commission (TFTC) en jours ouvrés, qui était auparavant en jours calendaires. La TFTC dispose ainsi de 30 jours ouvrés à compter de la réception du dossier complet de notification pour procéder à l'examen de l'opération. Elle dispose toujours de la faculté de prolonger cette période jusqu'à un maximum de 60 jours ouvrés.

Cette évolution intervient alors que la TFTC a récemment été confrontée à des difficultés dans la gestion du temps de certaines opérations complexes. Elle permettra ainsi d'éviter un usage excessif du « stop the clock » qui autorise l'autorité de concurrence à suspendre le délai d'examen et doit rester une procédure d'exception.

Notes


1. Cour de justice de l'Union européenne, arrêt du 6 septembre 2017 dans l'affaire *Intel Corp Inc c/. Commission* (C413/14 P).
2. Tribunal de l'Union européenne, arrêt du 12 juin 2014 rendu dans l'affaire *Intel Corp Inc c/. Commission* (T286/09).
3. Commission européenne, décision C (2009) 3726 du 13 mai 2009 (affaire COMP/C3/37.990 — Intel).
4. Cour de justice de l'Union européenne, arrêt du 26 juillet 2017 rendu dans l'affaire *AGC Glass Europe ea c/. Commission* (C-517/15).
5. Commission européenne, décision C (2008) 6815 final du 12 novembre 2008 (affaire COMP/39.125 — Verre automobile).
6. Commission européenne, décision C (2012)5719 final du 6 août 2012 (affaire COMP/39.125 — Verre automobile).
7. Tribunal de l'Union européenne, arrêt du 15 juillet 2015 rendu dans l'affaire *AGC Glass Europe ea c/. Commission* (T-465/12).
8. Competition and Markets Authority, « Mergers: Exception to the duty to refer in markets of insufficient importance », publiée le 16 juin 2017.
9. « Gesetz zur Einrichtung und zum Betrieb eines Registers zum Schutz des Wettbewerbs um öffentliche Aufträge und Konzessionen » promulguée le 29 juillet 2017.

10. The Monopoly Regulation & Fair Trade Act of Korea.
11. Fair Competition Commission, Ordonnance (The Fair Competition Act — CAP. 285) du 2 juin 2017, ISSN 0653 – 034X.
12. Ministry of Corporate Affairs, Notification du 29 juin 2017, NO. D. L-33004/99.

1. DROIT DU COMMERCE INTERNATIONAL ET DE LA CONCURRENCE INTERNATIONAL TRADE AND COMPETITION LAW

MERGERS, EXTRA TERRITORIAL JURISDICTION AND PRIVATE CAUSES OF ACTION

Zia AKHTAR*

 China; Comparative law; Competition law; Competition policy; Dominant position; EU law; Extraterritoriality; Mergers; Private enforcement; United States

INTRODUCTION

Competition law belongs to the realm of public law even if it allows the private law remedies to be invoked. In the same way as administrative law, fiscal law, criminal law, it imposes or prohibit certain conducts in the public interest. It has the characteristics of public law because competition law imposes duties on subjects, such as the duty not to abuse a dominant position, to comply with merger notification requirements, duty not to engage in unfair trade practices and to respect intellectual property (IP) rights.¹ The applicable rules do not allow courts to apply foreign competition laws or to choose a forum in cases involving foreign elements.² There is no international convention that governs conflict of competition law rules. Article 2(2)(h) of the Convention of Hague Convention on Choice of Court Agreements states that “[t]his Convention shall not apply to ... anti-trust (competition) matters”.³ However, it is necessary to evaluate the concept of private remedies where companies are involved in extra territorial jurisdiction.

The private law remedy in the EU arises from the European Commission’s (EC) jurisdiction to apprehend and eliminate almost any type of international cartel operating in the EC, which is an undisputed principle. Article 101 Treaty of the Functioning of the European Union (TFEU) applies to agreements and practices having as their object or effect the prevention, restriction or

distortion of competition within the common market. Article 102 of the TFEU relates to extra territoriality for EU registered companies. It does not matter whether some or all the firms involved have their seat inside or outside the EC, or where the restrictive agreement or IP was entered into, or whether acts were committed or business conducted within the territory of the Community or elsewhere in the world.

The competition law framework in the US and Canada allows the private parties to make civil claims for damages relating to violations of competition law. However, allowing private litigation does not make it a branch of private litigation. In the US, there is a liberal regime based on achieving consumer welfare and those persons who violate the Sherman Act 2012 “shall be deemed guilty of a felony”.⁴ Although violations of this Act may cause damage to private parties, they are deemed to be contrary to public interests and the damages plaintiffs claim in competition cases arise from the breach of an obligation imposed by competition law. The damages are private consequences of an infringement that is not established by any agreement between the two parties, but by the law itself.

In Canada, only three sections of the Competition Act (CA) 1985 allow a private party to bring a competition case to the Competition Tribunal.⁵ Additionally, the private party must be granted leave under this legislation before making an application to the Competition Tribunal.⁶ The right

* LLB (Lon) LLM (Lon) Gray’s Inn Phd candidate (Sussex).

of a private party does not preclude the right of the Competition Bureau⁷ to proceed against the violator to protect public interest.⁸ Besides private rights of action provided by the CA the Canadian Competition Act also allows a private party to recover damages suffered as a result of offences related to competition or to the failure of any person to comply with an order of the Tribunal or other court under the Act.⁹ Therefore, the private litigation in this framework stems from a public relationship between the state and the person who failed to comply with the obligation prescribed by the CA.

Both the EU and the US, as the two main jurisdictions governing competition law, grant the possibility of applying the antitrust law principles extra territorially providing the conditions are met for the private remedies. This depends upon the scope of the laws and if the public law dimension includes the private law remedies which is contingent on the legal framework of these countries. This paper considers the theories that prevail in competition law most notably the effects based theory and the implementation doctrine. It does so by illustrating the latest case law to evaluate the range of private law remedies available on the extra territorial (ET) basis. There is an explanation of the frameworks in which the non-Western jurisdictions apply competition law principles and relates to China where the IP agreements are not ingrained because of the existence of a command economy which means the ET cannot be enforced.

MERGERS LEADING TO EXTRA TERRITORIAL JURISDICTION

In a global market, mergers and concentrations involving foreign companies extend the anti-competitive effects to other part of the world outside where they originate. In EU, the main legislative texts for merger decisions are the Council Regulation 139/2004¹⁰ (EUMR) on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation) and the Implementing Regulation 1269/2013 with effect as of 1 January 2014.¹¹ The EUMR set up rules for the assessment of concentrations, whereas the Implementing Regulation regulates procedural issues, such as notification.¹² The EUMR applies to “concentrations” with a community dimension.

According to the EUMR, concentrations have a community dimension when the turnovers of the undertakings fulfill one of the two tests. The first test is regulated in art.1(2). If the total world turnover of all the concerned undertakings is over €5 billion and at least two of the undertakings concerned each has a €250 million turnover Community-wide.¹³

In general, the term “concentration” refers to a change in control over another undertaking.¹⁴ If concentrations fail to reach the thresholds of the first test, this concentration would still fall within the community dimension if the turnovers of the undertakings involved could meet a supplementary test.¹⁵ The EUMR does not impose any limitation on the extraterritorial jurisdiction application, which means the EU commission could assert jurisdiction over concentrations between foreign companies, which meet one of the two tests, without considering whether the concentrations have an actual or potential effect on the EU market.¹⁶ However, in practice, EU commission held that jurisdiction on agreement and practices can be asserted based on the economic effects produced within the EU in the case *Candle Waxes*.¹⁷

The extraterritorial assertion of jurisdiction on mergers to some extent could be justified due to the protection of the interests of domestic industries and consumers. A merger might have substantial anti-competitive effects on the product market although the merged entity is outside the latter regime, as trade and competition are increasingly global. Such anti-competitive effects may occur when merged entity acquire the dominance position of a certain market, even the global market, and then abuse the dominance position to pursue illegal profits. To be specific, a merger may create a monopoly which is normally a well-financed firm that provides the firm with opportunity to using predatory pricing to drive rivals out of business.

Then the monopoly may charge a high price without losing customers.¹⁸ Even if a merger does not result in a monopoly, it still could lead to a significant increase in the market power in a particular industry so that the merged entity could be more competent in raising price or restricting output than the undertakings before merger did.¹⁹ In the case *Gencor v Lonrho*,²⁰ it was argued that considering the market for platinum is a world

market, if the concentration produce anti-competitive effects, the effects would be felt in every part of the world where the platinum was sold.²¹ It can be concluded that extraterritorial assertion of jurisdiction on mergers could prevent the potential damage of the welfare of domestic consumers and that of enterprises competing in the relevant market.

However, applying the merger control law of one regime to an entity in another jurisdiction may cause legal conflicts. To be specific, a domestic regime could clear a merger because it could possibly promote the efficiency of the merged entity by achieving economies of scale in production,²² while a foreign regime could forbid the merger due to the creation of anti-competitive effects on the market of this foreign regime. The rationale for the former jurisdiction is to clear a merger could possibly be that a merger could increase the scale of domestic enterprises, even create “national champion”, and this could possibly be a goal of industry policy because it could be beneficial to the domestic welfare since the efficiency of the enterprises, even that of the industry could be significantly increased and local employment could be promoted. However, the reason for the latter regime to forbid the merger could possibly be that concentrations of foreign companies can increase entities’ market power and this process could raise competition concerns. To be specific, merged entities could possibly achieve high efficiency and if the entities export a huge number of products to a foreign country, they could drive the companies in the other jurisdiction out of business.

This could be the reason for some countries have a hostile position to mergers involving foreign companies. As a result, different regimes may hold different attitude towards a merger case.²³ In *Gencor v Lonrho*,²⁴ two companies incorporated in South Africa intended to merge and this concentration was ratified by South Africa, as no competition problem was found, after it was notified to the domestic authority. However, it was prohibited by EU commission on the basis that the merger would create a position of oligopolistic dominance.²⁵

The extraterritorial application of law may also create uncertainty and huge financial costs for a foreign company. In the EU regime, according to art.4(1), concentrations which fall within the EU

dimension should notify the committee before the implementation of the concentration.²⁶ This increases the cost of concentration behavior. According to art.7(1) of EUMR, concentrations which fall within the EU dimension should not conduct the concentration unless its notification has been declared compatible with the common market. The pre-merger notification and suspension increases the costs and place more burden on the undertakings incorporated outside the EU.²⁷

The US is the first country to establish the “effects doctrine” to extend its jurisdiction over competition involving foreign companies. The US antitrust law is one designed to prevent anti-competitive mergers or acquisitions and the Antitrust Improvements Act of 1976 (Hart-Scott-Rodino Act), the Foreign Trade Commission and the Department of Justice review most of the proposed transactions that affect commerce in the US and are over a certain size.²⁸ To limit the application of extraterritorial jurisdiction, there are rules to exempt certain acquisitions of non-US companies from the premerger notification requirement imposed by the Hart-Scott-Rodino Act. According to the rule, when foreign assets are acquired by a foreign person, the merger would be exempt from the application of pre-merger requirement, even if the amount of sales into the US exceeds the certain dollar threshold²⁹ attributable to the acquired assets.³⁰ Also, the acquisition of voting securities of a foreign issuer by a foreign person would be exempt from the requirements of the act unless either the acquisition awards the issuer assets located in the US or annually sells into the US exceeding a certain amount(as adjusted).³¹

The core doctrine establishing the extra-territorial application of merger control of US regime is known as the “effects doctrine”, which was built up in the *Alcoa* case³² in 1945. In this case, Judge Learned Hand held that Sherman Act did apply to agreements, which were intended to affect US imports and did actually affect them.³³ To assert extraterritorial jurisdiction, two conditions should be met:

- The performance of the foreign agreement must be “shown to have some effect” in the US.
- This must have been intended.

Some states tended to be hostile to US, as US regime expanded its jurisdiction to foreign companies in these states based on the effects doctrine, and this could damage the interests of these states.

However, in *Timberlane Lumber Co v Bank of America*,³⁴ Choy J recognised the effects doctrine laid down in *Alcoa* case, and also added the third test, which required the consideration of “whether the interests of, and links to the United States, including the magnitude of the effects on American foreign commerce are sufficiently strong, to justify an assertion of extraterritorial authority”.³⁵ This test could balance the interests of other parties in a merger case, and according, to Choy J, more factors as following should be taken into consideration when deciding whether US courts assert extraterritorial jurisdiction.

This exposes the merger regime to a degree of conflict with foreign law or policy, the nationality or allegiance of the parties and the locations or principal places of business of corporations and the extent to which enforcement by either state can be expected to achieve compliance. The relative significance of effects on the US as compared with those elsewhere, the extent to which there is explicit purpose to harm or affect American commerce and the foreseeability of such effect are significant criteria. This means the relative importance of the violations of conduct within the US as compared with conduct abroad has greater impact in implementing the effects doctrine.

There is possible avoidance to the legal conflicts caused by extraterritorial assertion of jurisdiction would be consideration of the notion of “international comity”. It is an international principle which requires every state in the world community to harmonise their behaviours and act in mutual respect. Showing respect to the executive, legislative, and judicial acts of other states is regarded as a significant aspect. This principle has been reflected in *Timberlane*³⁶ where the judge considered the interests of international comity before making a decision on application of effects doctrine. Also, consideration of the interests of other countries was shown in the case of *Boeing v McDonnell Douglas*³⁷ and clearance was given to two US aircraft manufacturers, Boeing and McDonnell (MDC) by US authority. Then the EU commission received the

notification of concentration and objected to the concentration at first stance as the concentration would pose a potential threat to the EU market. However, the commission made a final decision to give a clearance to the concentration after Boeing gave certain commitments to the commission.

Similar to US, EU has promulgated the European Merger Regulation to apply extra-territorially when the merger is above a certain threshold.³⁸ This approach could be beneficial to the interests of domestic industries and consumers as it could prevent the potential anti-competitive harm caused by the concentrations. However, it could cause legal conflicts between different regimes, and bring uncertainty to and increase financial and staff costs of foreign companies.

Therefore, it could be concluded that international comity could possibly play a significant role in resolving legal conflicts caused by extra-territorial assertion of jurisdiction, although the international merger cases tend to be complex.³⁹ It is suggested that, to reduce the negative influence of multiple notification, extraterritorial adoption of pre-merger notification requirement under the Merger Regulation should be narrowed. The first reason would be that it is unfair for the undertakings which would have no potential effects on the EU market to bear the costs conformance with the notification procedure. By limiting the extraterritorial application of notification could reduce the financial burden on the parties of concentrations. The financial burden includes lawyers’ fees, the costs of personnel conducting the information collection as well as other costs during the waiting period.

It may mean this suggestion could be impractical, since the EU authority could be insensitive to reducing the compliance costs of non-EU undertakings. Nevertheless, this suggestion should be emphasised, as it would also to some extent relieve the EC of substantial workload. Considering the number of the case and the complexity of analysis that the commission need to review is surging, limiting the broad assertion of extra-territorial jurisdiction is needed, and this could avoid the problem of understaffing. The HSR Act in the US WAS a response that can serve as a structural model for effects doctrine to be the guideline.⁴⁰

DOMINANT POSITION AND THE EFFECTS DOCTRINE

The possible solution to multiple assertion of jurisdiction could be imposing a treaty that set forth a single legal standard enforced by a single enforcer. It was suggested that the World Trade Organisation (WTO) would be a proper authority to enforce merger control so that conflicts could possibly be decreased, as the parties that sign the treaty would tend to respect the decision made under the same legal standard. Also, the costs of notification could be decreased, since the entity that intends to merge would only notify the single authority instead of identifying all regimes that assert jurisdiction on the transaction. This would save the costs. However, few countries would give up their own sovereignty to a multinational authority considering that decision of merger cases tend to have substantial consequences.⁴¹ It would not be possible for a single authority to assume the responsibility to conduct the investigation of substantial merger cases in a global scope, as the requirements of staff and financial resource to conduct the investigation would exceed the capability of a certain authority.

The extraterritorial adoption of pre-merger notification requirements under the Merger Regulation should be narrowed, in order to reduce the negative influence of multiple notification, imposing a treaty that set forth a single legal standard enforced by a single enforcer could be a possible solution to multiple assertion of jurisdiction. This will serve to initiate the private law remedies that will be looked at in the next section. It will also facilitate the notion of “international comity” should be considered as it could to some extent resolve the legal conflicts between different regimes.

During the last decade several competition enforcing agencies and private plaintiffs sued Intel Corporation, a US registered multinational based on the claim that it offered original equipment manufacturers market share or volume discounts in order to foreclose competition on the CPU (circuits for computer) markets. In *Advanced Micro Devices (AMD) Inc v Intel Corp*,⁴² the United States District Court for Delaware granted Intel motion to dismiss AMD’s foreign commerce claim for lack of substantive jurisdiction and standing. There have been a series of putative class action suits has been brought under state competition

laws, consolidated in the judgment against Intel Corporation (Microprocessor Antitrust Litigation),⁴³ and litigation has been commenced in the State of New York against Intel Corp initiated by the US Federal Trade Commission.⁴⁴

The Japan Fair Trade Commission has also initiated a law suit against Intel Kabushiki Kaisha, a Japanese subsidiary, which resulted in a consent decree ordering Kabushiki Kaisha to cease and desist certain actions. Japan’s main competition law, the Antimonopoly Act of Japan (AMA) 1947 (amended 2013)⁴⁵ does not state the scope of its extraterritorial jurisdiction. However, the extraterritorial application of the AMA has been discussed by the Japan Fair Trade Commission (JFTC) whose previous decisions were treated as equivalent to judgments of the district court.⁴⁶ The AMA has no provision that expressly states that it covers conduct that takes place in a foreign territory, but jurisdiction over such conduct may be inferred from certain provisions. Article 2 defines private monopolisation, unreasonable restraint of trade, and monopolistic situation as activities of an “enterprise”.⁴⁷

Similarly, art.9 states that “[n]o company may be established that would cause an excessive concentration of economic power due to share holding ... in other companies in Japan”.⁴⁸ The words “enterprise” and “company” may be understood to limit the jurisdiction of the AMA to Japanese territory. However, these terms may be interpreted more broadly, which suggests that regardless of an enterprise’s or company’s nationality, the AMA governs its conduct as long as its activities have effects in Japan. In practice, the JFTC tends to interpret the words “enterprise” and “company” broadly.

In *MDS v Nordion Inc*, the JFTC applied the AMA to a Canadian company’s act that occurred mostly outside Japan⁴⁹ which was because the largest manufacturer of Molybdenum-99 in the world had possessed a 100% share of this chemical’s market in Japan. It allegedly prevented its competitors from entering the Japanese market by entering into exclusive contracts, effective for ten years, with the two companies that were the sole purchasers of Molybdenum-99 in Japan. The JFTC observed that the word “‘firm’ is defined in the AMA as ‘a person who carries on a commercial, industrial, financial or any other business’”. It held that this definition did not exclude foreign

firms. Therefore, although MDS Nordion was a Canadian firm that did not have an office in Japan, it was included in the definition of “firm” because it had entered into long-term contracts with two Japanese companies and continuously shipped products to Japan.⁵⁰

The JFTC ultimately held that MDS Nordion’s conduct was illegal under the AMA.⁵¹ In *Marine Hose* in 2008, the JFTC applied the AMA to an international cartel, conducted abroad by foreign companies, which had anticompetitive effects in Japan.⁵² In this case, the JFTC launched an investigation in collaboration with the US Department of Justice and the European Commission.⁵³ These entities investigated one Japanese company, one British company, one French company, and two Italian companies.⁵⁴ These companies had agreed to allocate consumers in the international market of specified Marine Hose between them.⁵⁵ The JFTC issued a cease-and-desist order against the companies participating in the cartel, including those foreign companies located abroad.⁵⁶ This case indicates that the JFTC will exercise jurisdiction over companies located abroad when the companies enter into a cartel and upset the Japanese market. The JFTC has applied the AMA extraterritorially, apparently based on an effects doctrine, but it fails to provide a clear limit on the AMA’s extraterritorial jurisdiction. The Japanese government, however, strongly opposes the extraterritorial application of foreign competition law to transactions conducted by Japanese corporations in Japan.

This is in contrast to the European Commission which in May 2009 imposed a fine against Intel in the case, *Intel Corp v Commission*.⁵⁷ This concerned the question of abuse of dominance by imposing conditions in relation to the grant of rebates and payments for delaying certain models using AMD-processors, the change induced is not structural, but behavioural. This was on the ground that it held a market share of roughly 70% or more, and that it was extremely difficult for competitors to enter the market and to expand as a result of the unrecoverable nature of investments to be made in research and development, intellectual property and production facilities. The effects were deemed as less persistent than the ones induced by structural changes. The judgment treated, inter alia, the matter of extra-territorial application of the EU competition law and acknowledged the parallel existence of the

implementation theory; and the effects based theory. The General Court supported the idea of the alternative character of the two sets of criteria, thus whenever the implementation of a cartel in the territory of the EU, has been proven, it would be unnecessary to prove that the cartel in question entails a foreseeable, immediate and substantial effect as regards internal market competition.⁵⁸

The ECJ in its judgment in *Intel Corp Inc v Commission*⁵⁹ has set aside the judgment of the General Court which had upheld the fine of €1.06 billion imposed on Intel by the Commission for abuse of a dominant position. In appealing the General Court judgment, Intel advanced several grounds of appeal, including that the General Court including it applied the wrong legal standard to assess the legality of Intel’s conduct; erred in law in its legal characterisation of Intel’s rebates as “exclusivity rebates”; and incorrectly established the Commission’s jurisdiction to apply EU competition law to Intel’s arrangements with Lenovo, a company based in China, in 2006 and 2007. In relation to Intel’s arguments in respect of the Commission’s jurisdiction, the ECJ observed that it erred in law and the Implementation Test and the Qualified Effects Test pursued the same objective the prevention of conduct which, while not adopted within the EU, has anti-competitive effects within the EU.⁶⁰ Accordingly, the ECJ confirmed that the Commission was able to establish jurisdiction on the basis of either test being satisfied, and dismissed Intel’s arguments on jurisdiction.

The ECJ reiterated that, while a dominant firm has a special responsibility not to allow its conduct to impair competition, EU competition does not prevent a dominant firm from competing “on the merits”. Such competition may result in less efficient competitors being marginalised, or exiting the market, on the basis that these competitors’ offerings are less attractive to consumers. Accordingly, the ECJ confirmed that “not every exclusionary effect is necessarily detrimental to competition”.⁶¹ Having regard to previous EU case law, the ECJ provided an additional clarification that, while the grant of exclusivity rebates by a dominant firm gives rise to a presumption of an abuse, it remains open to the dominant firm to submit, on the basis of supporting evidence, that its conduct was “not capable of restricting

competition and, in particular, of producing the alleged foreclosure effects".⁶²

In such circumstances, the Commission was then required to undertake an analysis of the firm's capacity to foreclose, having regard to the extent of the firm's dominant position (e.g. "merely" dominant, or supra-dominant); the share of the market covered by the arrangements in question, as well as the conditions and arrangements for granting the rebates, their duration, and their amount; and the possible existence of a strategy aimed at excluding competitors that are at least as efficient as the dominant firm. The ECJ also confirmed that if the rebates do give rise to concerns in relation to foreclosure effects, it remains open for a dominant firm to submit that its conduct is objectively justified. This assessment can only be conducted following an analysis of whether the conduct has the capacity to foreclose competitors that are at least as efficient as the dominant firm.

Against this background, the ECJ noted that the Commission had carried out an in-depth analysis using the AEC Methodology, and found that, by doing so, Intel's conduct was capable of having a foreclosure effect. On this basis, the ECJ concluded that the AEC Methodology "played an important role in the Commission's assessment of whether the rebate scheme ... was capable of having foreclosure effects on as efficient competitors".⁶³ In the circumstances, the ECJ held that the General Court was required to examine all of Intel's arguments concerning the AEC Methodology, and that it had failed to consider the arguments alleging errors in relation to this aspect of the Commission's decision.

In view of this failure, the ECJ concluded that the General Court judgment should be set aside, with the case referred back to the General Court. While the ECJ's judgment provides guidance, Intel will still be required to persuade the General Court that its conduct did not constitute an abuse of dominance in the circumstances. In this context, the ECJ's judgment highlights the error of the General Court's previous analysis in relation to rebates; the fact that the General Court's judgment insofar as it relates to the restrictions were not subject to appeal suggests that these aspects could still prove problematic for Intel. More broadly, the ECJ's judgment serves to clarify, and arguably, unify, previous aspects of EU case law

in relation to the use of exclusivity rebates. In so doing, it is notable that the ECJ has not sought to prescribe the nature of the analysis to be undertaken by the Commission in relation to assessing whether a competitor is "as efficient". The ECJ's clarifications may also be expected to be carefully considered by the Commission case teams currently investigating various alleged abuses in relation to the use of exclusivity rebates, so as to seek to ensure that any subsequent infringement decisions adopted by the Commission are robustly reasoned and evidenced, having regard to firm's capacity to foreclose, as may be required.⁶⁴

In instances where a corporation has been litigated against for abuse of dominance, there are two territorial criteria enshrined in the definition of the infringement as stipulated by art.102 TFEU (para.247): a dominant position on a relevant market within the internal market and an effect on the competition between the Member States. It is *acte éclairé* that the condition of an existent dominant position established in the internal market is necessary, but not sufficient in order to establish an abuse of dominance. However, it seems that in the area of loyalty rebates no convergent opinion has been yet reached as regards the applicable harm theory. The critical voices can express a diversity of opinions both in favour and against a more relaxed regime. The effects doctrine could be viewed through the lens of the theories of harm, but only with a view on the matter of substantive jurisdiction. It has been pointed out in the previous section that in the private cause of action against Intel in the US in September 2006, the claim advanced by AMD was rejected by the District Court. Therefore, it was very important to clarify the question of jurisdiction in relation to markets outside the US.

The impact on private remedies by the implementation and effects-based theory are not easily distinguishable which is a view formulated by Vincenzo Scordamaglia. This states that where the requisites of a "Union dimension" are absent and a merger is concluded outside the EU affects the trade between Member States it threatens to significantly affect competition within the territory of at least one Member State. Scordamaglia distinguishes between implementation, which presupposes presence in the territory in some form and effects-based jurisdictional competence, where:

“there is no activity implemented within the EU directly affected by the merger, but other negative merger’s effects on competition within the common market, likely to occur as its logical direct consequence, are foreseeable, immediate and substantial.”

Since in the case of a merger the main issue is the prevention of an abuse and not the sanctioning of an actual or potential abuse, the scope of the jurisdictional competence might be larger in the first case. Scordamaglia argues for maintaining a distinction between the two theories emphasizing that such an “effects principle” could be invoked if the Commission could demonstrate convincingly that the structural changes resulting from a concentration would inevitably at short term be the direct cause of substantial restrictions in the competition within the EU.⁶⁵

These circumstances in merger control provision apply even if such restrictions would not necessarily result in changes in the previous implementation activities, but would be of a different nature, e.g. new barriers to entry, shortage in the supply of products or services or the creation of a full functions joint venture operating in a third country. The effects-based theory has a greater range for private law remedies to be the basis for cause of action in other cases than mergers and acquisitions with an extraterritorial dimension.

JURISDICTIONS NOT OFFERING PRIVATE LAW REMEDIES

The study of market based competition frameworks has defined the “promotion of consumer welfare and the maximization of efficiency” as the main objectives of the policy of regulating the antitrust sector.⁶⁶ These were the objectives behind the liberalised and privatised regimes among jurisdictions with the intention of increasing the economic efficiency and the promotion of competition. This is certainly manifested in the EU and the US antitrust laws which broadly reflect the efficiency criteria based upon the capitalist economic system.

In China, the economy is subject of state-created monopolies that engage in commercial activities to the same antitrust rules as private enterprises, others exempt conduct pursuant to

government regulation under a state action doctrine. This policy indicates that their dominance/SMP analysis is identical regardless of the ownership of the undertakings in the public sector. The ideological framework offers the commitment to a competition law that is in equilibrium with the rest of the economy. The competition law system of the western economies and legal systems has been entirely formulated pursuant to competition-specific considerations in accordance with the international agreements and general growth of international economy with the preservation of the IP rights in inventions of consumer products.

While economic efficiency has been substantially pursued in competition law of the advanced economies of the EU and the US it is not a “one size fits all” objective. There needs to be due regard to the alternative objectives, especially with regard to supranational organisations which do not have full market integration as well as developing countries which may need to pursue general market liberalising policies where competition policy is a means to an end, rather than pure economic efficiency in itself. The difference in approach can be inferred from the approach of the EU that has adopted a more rigorous economic approach than seen traditionally in the US in applying the antitrust principles.⁶⁷

There is a core of activities and rights that constitute the “economic sovereignty” of a State since they are of high importance to its national interests. When jurisdictional conflicts arise, the extent to which one country may interfere in another’s economic sovereignty is unclear, and various doctrines have been adopted in the effort to give a solution to these conflicts.⁶⁸ The relevant consideration on the question of objectives of private law remedies in antitrust law concerns the past 20 years experience of formulating an international framework of competition law. This is with the objective of “legal [transplanting]” competition regimes alongside the underlying policy objectives of either EU or US approaches.⁶⁹ The question arising from this is whether it is appropriate in developing countries, where it might be more relevant to focus on issues of enforcing limited competition issues such as cartels or abuses of dominant positions in markets.⁷⁰ The research suggests that it is naïve to implement economic efficiency as the sole objective of competition policy, and that dynamic and stable competition may be more appropriate.⁷¹

It is pointed out that until the 1990's, there were only 16 developing countries which operated under a formal competition policy, and the suggested reason was that it was not necessary as majority of countries had substantial state control over the economy, which would regulate any anti-competitive behaviour immediately.⁷² There are two main issues to consider when implementing competition policy. First, what is the institutional design of the country and secondly, how it can be ensured that the competition policy is pursued and enforced, rather than merely being unenforced legislation. Kovacic suggests that the best way of implementing an effective policy objective is by implementing simple competition rules, targeting cartels and natural monopolies, especially in countries where the state has had a great influence in structured market planning as in former communist and socialist states.⁷³

An example of how this policy can be implemented is illustrated by the Chinese Anti-Monopoly Law 2007. While art.1 of the legislation sets out numerous goals, including improving economic efficiency, it shows deference to the historical emphasis on large state-owned enterprises in art.7, thus exempting their legitimate business activities from the law. It is a compromise in the move to liberalising a former completely state-operated market, and offers a possible way in which the state can pursue several objectives.⁷⁴

In terms of the effect on the framework of non EU and US jurisdictions it is pertinent to study the impact of commercial law based on the Chinese merger control regimes that provides a comparative outlook of the two legal systems. Thereafter, there shall be an examination of the limitations imposed on such jurisdictional assertions, and a short reference to possible solutions to the conflict of laws. For the European Commission (DGComp) to assert jurisdiction under art.1 of the EU Merger Regulation (EUMR), a concentration with a Union dimension must be established.⁷⁵ The thresholds that have to be met are a worldwide turnover of €5000 million and an EU-wide turnover of €250 million.⁷⁶

Recital 10 of the Regulation states that a Union dimension exists where the turnover of the undertakings exceeds the given thresholds, irrespective of “whether or not the undertakings effecting the concentration have their seat or their principal fields of activity in the Community, pro-

vided they have substantial operations there”.⁷⁷ However, art.1 does not explicitly state whether or not the undertakings in question need to be established or have any business-wise connection with the EU for the European Commission to obtain extraterritorial jurisdiction.⁷⁸ This legislative silence has afforded a wide domain for the interpretative function of the ECJ.

According to art.3 of the Decree of The State Council of the People's Republic of China,⁷⁹ a concentration can fall under the Anti-Monopoly Law (AML) if it reaches a total worldwide turnover of RMB 10 billion, and a PRC turnover of each of the two undertakings of at least RMB 400 million, or a total PRC turnover that exceeds RMB 2 billion and a PRC turnover of each of the undertakings that exceeds RMB 400 million.⁸⁰ However, in contrast to EUMR, AML clearly states in art.2 that Chinese law is “applicable to conducts outside the territory of the PRC that have eliminative or restrictive effects on competition in the domestic market of the country”.⁸¹

Therefore, not only is it clear that the Chinese regime asserts extraterritorial jurisdiction upon concentrations that exceed its turnover thresholds but also that, following the US model, it adopts an “effects doctrine” rather than an implementation one. As a result, the question is not whether AML provides the theoretical background for exercising extraterritorial jurisdiction but whether China will indeed make use of art.2 in order to enforce its merger control policy on foreign companies.⁸²

There was concern with how Chinese companies did not have “fair access” to the US market—some even going so far as to suggest that the AML was a response to that exclusion, targeting foreign buyers.⁸³ Moreover, Chinese officials claimed that the drafting of the AML was necessary in order to protect the Chinese market from foreign multinational companies that could dominate or monopolise the market in the country.⁸⁴ The main motive for the adoption of AML was certainly national interests but, China having joined the world economy and having a large consumer base,⁸⁵ was also influenced by the desire to exercise influence on the global market.⁸⁶

The Chinese law does not present a clear image of exactly how the national authority, MOFCOM, obtains extraterritorial jurisdiction. The court decisions lacked detail, simply repeating the

wording of the AML articles in application without describing excessively the application of those articles to the particular case. However, over the course of the years, it can be observed that the brief decisions such as those formulated in *InBev v AB*⁸⁷ and *Coca-Cola v Huiyuan*⁸⁸ gave way to more elaborate and analytical ones, such as in the cases of *Seagate/Samsung*,⁸⁹ proving that MOFCOM is rapidly progressing.⁹⁰

The first extraterritorial application of AML was in the case of *Alcon v Novartis*,⁹¹ where both companies were established in Switzerland and their merger was to affect many jurisdictions, including the US and Europe.⁹² In this case, MOFCOM conditionally approved the merger imposing some restrictions, and for the first time applied AML on two companies situated outside of China but affecting the national market.⁹³ Considering that a large number of merger decisions concern offshore transactions, such as *Uralkali v Silvinit*⁹⁴ and *Alpha V Savio*,⁹⁵ it can be said that MOFCOM has succeeded in the extraterritorial application of its policies.⁹⁶ Besides, in the *Panasonic v Sanyo*⁹⁷ and *Glencore v Xstrata*⁹⁸ cases, MOFCOM imposed as a restrictive measure the divestment of assets located abroad.⁹⁹ In any case, although western commentators were worried that China would block mergers that would have a positive effect on worldwide competition but affect its national interests in a negative way,¹⁰⁰ the facts state that it has blocked very few mergers, approving the vast majority subject to conditions.

There are limitations on extraterritorial jurisdiction that are caused by each regime when it is subject to limits dictated by international law principles, such as comity and the taking into account IP registrations to protect trademarks or copyright which could be breached when there is considering a merger in another jurisdiction. Thus, the authorities have to proceed with caution in protecting the patents when conveying their right over jurisdiction. The judicial rulings demonstrate that the European merger control regime takes into account the principle of comity, for example in *Boeing v McDonnell Douglas*,¹⁰¹ where it was a relevant consideration despite the serious objections to the merger between the two aircraft manufacturers. It was pursuant to the EC-US Competition Cooperation Agreement,¹⁰² and Federal Trade Commission (FTC)'s indication that blocking the merger would harm important US

defence interests and DGComp decided to conditionally approve the merger.¹⁰³ If there had been a contrary decision then it would have raised serious political upheaval and diplomatic tension.

However, the outcome was different in the *Gencor* case where the GC examined whether DGComp's assertion of jurisdiction violated the principle of non-interference and concluded that there is no conflict since the South African authorities stated that "the concentration agreement did not give rise to any competition policy concerns" and did not require such an agreement to take place.¹⁰⁴ Consequently, despite the fact that the interests of South Africa were probably in a superior position than those of the EU, given that the sales of the product in its jurisdiction were less than a quarter of the worldwide total, the Commission still blocked the merger. Additionally, the GC went as far as to state that "there is no conflict of jurisdiction between a State which prohibits something and a State which allows it (rather than requires it)".¹⁰⁵ The latter can be considered as a quite ambivalent statement due to the fact that if a State does not require any benefit, then the State that prohibits it will always be in a position to impose its policy over the country that allows it. Thus, the argument reaches a logical deadlock; a very privileged one for the party that is arguing for prohibition.

Article 2 of AML in the Chinese jurisdiction contains no limitation concerning the significance of the prohibiting effects. The MOFCOM decisions do not make reference to the principle of comity or a test of foreseeable, immediate and substantial effects. However, all the cases in which MOFCOM intervened, concerned mergers with foreseeable, substantial and direct effects in China.¹⁰⁶ It can also be observed that there must be some form of communication between MOFCOM, the EU and US authorities since many decisions on offshore cases by the former (*Panasonic v Sanyo*¹⁰⁷ or *Novartis v Alcon*)¹⁰⁸ follow those of the latter and are published shortly after them.¹⁰⁹

The issue that each jurisdiction has to address is whether it is suitable to pursue economic efficiency as a sole objective and while this concept has been substantially pursued in a US context, and to some extent in the EU, it is not compatible for all jurisdictions. There has to be due regard shown for the alternative objectives, especially

with regard to supranational organisations which do not have full market integration as well as developing countries which may need to pursue general market liberalising policies where competition policy is a means to an end, rather than pure economic efficiency in itself.

Many questionable solutions have been proposed to the problem of conflict between laws of different States. However, any solution that does not adopt as its perspective that of a global welfare is not likely to succeed. The global welfare approach would suggest that countries consider first and foremost the effect of their actions upon the global community. Nevertheless, it is not logical to expect from national authorities lacking global responsibility to act regardless of the domestic interests that they serve.¹¹⁰ There are some who suggest that this conflict of laws might also have beneficial results, such as the increase in the formulation of the competition laws aiming to the optimisation of national antitrust legislation.¹¹¹

The states can legislate according to their antitrust laws granting themselves extraterritorial jurisdiction that brings them into conflict with the jurisdiction of another state which would be counter productive because each regime would bind itself. It is not a functional situation—especially when it concerns countries with diplomatic relations and comity between states as an additional factor. This principle of comity needs further elaboration that would crystallise into an international body of competition law responsible for merger control cases and which specialises in resolving jurisdictional matters.¹¹² This global body would have exclusive jurisdiction whenever more than one countries transactions including merger control and acquisitions are involved. However, this is very unlikely to happen, since national interests are closely related to competition policies and often have different starting points and different aims, making global consensus on the function of the hypothetical international body seem infeasible and impractical.¹¹³

There is a possible second solution that would be the signing of bilateral or multilateral agreements on information exchange and mutual cooperation. Such agreements do exist, for example EU/US Competition Cooperation Agreement,¹¹⁴ EU/US Positive Comity Agreement,¹¹⁵ EU/US Best Practices on Cooperation in Merger

Investigations,¹¹⁶ EU-China Competition Policy Dialogue,¹¹⁷ and international organisations aiming at multilateral cooperation such as World Trade Organisation (WTO) and International Competition Network (ICN). Nevertheless, these agreements do not enable the elimination of conflicts for the national authorities against another as has been clearly shown by the *Boeing v McDonnell Douglas* case.¹¹⁸

The harmonisation of national laws could offer an escape from jurisdictional conflicts. On a smaller scale, this is what happens within the EU regime since the individual member states have allocated their own jurisdictional claims to the transnational body of the European Commission—but this is not the ideal solution because there needs to be a global regime that constructs ET jurisdiction based on economies of scale.¹¹⁹ There is no country that would be willing to waive its sovereignty, but there will be progress where international cooperation, after passing through many developmental stages, that will eventually reach a functional international competition body that prioritises this variable in its framework.

CONCLUSIONS

The private law remedies that invoke an extra territorial framework can be applicable where they are designed to promote industry and legal basis for competition laws to guard against improperly gaining or enhancing market power which is the ability to raise price above competitive levels. The establishment of cartels is prohibited in the EC and the US because price fixing is illegal with competing firms joining together to raise price and exercise market power. The issue is if ET jurisdiction in competition law would allow market harmonisation or customer wellbeing that transcends the national boundaries in order to provide private remedies.

There is in general unrestrained exchange of competitive forces that will result in the best allocation of economic resources, lowest prices, the optimum quality and the highest level of material advancement. Articles 101–109 of the TFEU form the legal basis of EU competition law, and while both the EU and the US have well-developed competition policies the EU is governed by law enforced solely by the European Commission. The EU merger control is characterised as

“symmetric”, in the sense that the Commission has to demonstrate either that a merger is anti-competitive and private cause of action can flow from its breach.

In contrast, US antitrust enforcement is based on penal law, with financial and custodial penalties against individuals and private enforcement plays a greater role in the US system, where victims of anticompetitive behaviour are awarded damages well above the amount of the actual damage suffered. The US merger control regime is typically performed at the federal level by the FTC and the DOJ and the states are also active in merger control, but private merger litigation is rare. This framework is thus less centralised than the EU system and the federal agencies do not have the authority themselves to block mergers, but must obtain an injunction from a federal court.

The extra territorial application of merger and acquisitions has to consider the issue of legal transplants and convergence. This is premised upon the industrial production and exchange of goods and the commercial enterprises seeking access to markets overseas which invites the adoption of antitrust law in countries with varying

and often state socialist economies which are gradually being dismantled. There has been an emergence of an antitrust jurisdiction in many countries of the world since the early 1980s, when a number of developing or communist countries adopted a competition law to regulate their industries and create the conditions for competition. The Chinese have enacted the Anti-Monopoly Law (AML) which is a formulation of a competition law that provides narrow scope for private law remedies because it is underpinned by state or public ownership and the IP framework does not exist which will discourage foreign corporations from investing in China.

The application of Western antitrust models relates to the abuse of dominant market position, merger and acquisitions. This requires a rigorous anti-cartel policy that prevents monopoly abuses that lead to price fixing. The market that exists has to formulate its policies according to the effects based or implementation doctrine, and this will relieve the current mismatch between the theory of the case law and the actual practice of the EU courts and the Commission.

Notes

1. See, e.g. 15 U.S.C. § 1 (2012); Competition Act, R.S.C. 1985, c C-34, §45 (Can.); Shitekidokusen no Kinshi oyobi Kouseitorihiki no Kakuho nikansuru Houritsu, [Act on Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade] [Antimonopoly Act], Law No.54 of 1947 art.89–118 (Japanese Law Translation [JLT DS]), <http://www.japaneselawtranslation.go.jp> [<https://perma.cc/2GWJ-C2FZ>] (Japan) [Accessed 19 December 2017].
2. 15 U.S.C. § 1 (2012) at 226.
3. Hague Convention on Choice of Court Agreements art.2(2)(h).
4. 15 U.S.C. § 1 (2012).
5. Competition Act, R.S.C. 1985, c C-34, §§ 75–77 (Can.).
6. Competition Act, R.S.C. 1985, c C-34, §§ 75–77 (Can.) § 103.1.
7. Our Organisation, COMPETITION BUREAU OF CAN. at http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/h_00125.html [<https://perma.cc/6Y4N-H82Q>] [Accessed 19 December 2017]. See http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/h_00125.html [<https://perma.cc/6Y4N-H82Q>] [Accessed 19 December 2017].
8. Competition Act §§ 75–77.
9. Competition Act § 36.
10. Regulation 139/2004 on the control of concentrations between undertakings [2004] OJ L24/1.
11. Regulation 1269/2013 amending Regulation 802/2004 implementing Council Regulation 139/2004 on the control of concentrations between undertakings [2013] OJ L336/1.
12. A. Jones and B. Safron, *EU competition law: text, cases, and materials* (Oxford University Press (UK), 2014), 1138.
13. EUMR art.1(2).
14. See Commission Notice on the concept of a concentration, [1998] OJ C/66, 5.
15. EUMR art.1(3).(a) the combined aggregate worldwide turnover of all the undertakings concerned is more than €2500 million; (b) in each of at least three Member States, the combined aggregate turnover of all the undertakings concerned is more than €100 million; (c) in each of at least three Member States included for the purpose of point (b), the aggregate turnover of each of at least two of the undertakings concerned is more than

€25 million; and (d) the aggregate Community-wide turnover of each of at least two of the undertakings concerned is more than €100 million, unless each of the undertakings concerned achieves more than two-thirds of its aggregate Community-wide turnover within one and the same Member State.

16. A. R. Fiebig, "International Law Limits on the Extraterritorial Application of the European Merger Control Regulation and Suggestions for Reform" [1998] *European Competition Law Review* 19 323–331, 327. Fiebig argues "it is not uncommon for a merger to be reviewed by anti trust authorities simultaneously in numerous jurisdictions. In some cases, the application of merger control rules may appear to be influenced by (national) political or industrial policy objectives" p.243.

17. COMP/ 39.181 *Candle Waxes*, 1 October 2008.

18. H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: the law of competition and its practice*, 4th edn (West Publishing, 2011), 371.

19. A. Jones and B. Safron, *EU competition law: text, cases, and materials* (Oxford University Press (UK), 2014), 1132.

20. Case IV/M.619 [1997] *Gencor v Lonrho*.

21. E. M. Fox, "The Merger Regulation and its Territorial Reach: *Gencor Ltd v Commission*" [1999] *European Competition Law Review* 20 334–336, 336.

22. Enterprises could obtain cost advantages from increasing the output, as the cost to produce per product will decrease considering fixed costs are spread out over more units of products. Other efficiencies of increasing the size of enterprises include marketing efficiency and capability to innovate and apply new technology.

23. A. Ezrachi, "Limitations on the Extraterritorial Reach of the European Merger Regulation" [2001] *European Competition Law Review* 22: 137–145.

24. Case IV/M.619, [1997] *Gencor v Lonrho*.

25. M. P. Broberg, "The European Commission's Extraterritorial Powers in Merger Control" [2000] *International and Comparative Law Quarterly* 49.01: 172–182, 173.

26. Article 4, [1989] OJ L395/1, 4.

27. A. Ezrachi, "Limitations on the Extraterritorial Reach of the European Merger Regulation" [2001] *European Competition Law Review* 22: 142.

28. Federal Trade Commission <https://www.ftc.gov/news-events/media-resources/mergers-and-competition/merger-review> [Accessed 19 December 2017].

29. Current law requires companies to report any deal that is valued at more than \$76.3 million to the agencies so they can be reviewed. Federal Trade Commission at <https://www.ftc.gov/news-events/media-resources/mergers-and-competition/merger-review> [Accessed 19 December 2017].

30. 16 C.F.R. §802.51(a).

31. 16 C.F.R. §802.51(b).

32. *United States v Aluminum Co of America* 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945). The Second Circuit Court of Appeals held that the Sherman Act applied to a Canadian company which was involved in a cartel to fix production quotas in order to boost prices". Judge Learned Hand wrote that a "state may impose liabilities, even upon persons not within its allegiance, for conduct outside its borders that has consequences within its borders which the state comprehends" at 443.

33. A. Jones and B. Safron, *EU competition law: text, cases, and materials* (Oxford University Press (UK), 2014), 1260.

34. *Timberlane Lumber Co v Bank of America* 549 F.2d 597(9th Cir.1976).

35. J. D. Banks, "The Development of the Concept of Extraterritoriality under European Merger Law and Its Effectiveness Under the Merger Regulation Following the Boeing/McDonnell Douglas Decision 1997" [1998] *European Competition Law Review* 19: 306–311, 308.

36. A. Jones and B. Safron, *EU competition law: text, cases, and materials* (Oxford University Press (UK), 2014), 1260.

37. Case IV/M.877, *Boeing v McDonnell Douglas* [1997] OJ L336/16.

38. Mario Monti former European Commission for Competition policy has indicated the European Commission would strive to achieve efficient antitrust enforcement by focussing on "cases which have a Community interest". A. Fiebig, "A Role for the WTO in International Merger Control" (2000) 20 *North Western Journal of International Law and Business* 233, 244.

39. A. E. Bavasso, "*Boeing v McDonnell Douglas*: Did the Commission Fly Too High?" [1998] *European Competition Law Review* 19: 243–248.

40. The Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976 15 U.S.C. § 18 amended the Clayton Act, and it requires companies to file premerger notifications with the Federal Trade Commission and the Antitrust Division of the Justice Department for certain acquisitions. The Act establishes waiting periods that must elapse before such acquisitions may be consummated and authorises the enforcement agencies to stay those periods until the companies provide certain additional information about the likelihood that the proposed transaction would substantially lessen competition in violation of s.7 of the Clayton Act.

41. J. P. Griffin, "Antitrust Aspects of Cross-Border Mergers and Acquisitions" [1998] *European Competition Law Review* 19: 12–20.

42. Civil Action No.05-441 (JJF) (2006).

43. MDL No.05-1717 (JJF). Docket No.9341; Case COMP/C-3/37.990.

44. Civil Action No.09-827 (JJF) Docket No.9341.

45. H. Itoh and L. W. Beer, "The Constitutional Case Law of Japan: Selected Supreme Court Decisions 1961–70" (1978) 8.

46. Saibansho ho [Court Act], Law No.59 of 1947, art.4 (Japanese Law Translation [JLT DS]), <http://www.japaneselawtranslation.go.jp> [<https://perma.cc/2GWJ-C2FZ>] (Japan) [Accessed 19 December 2017].
47. Antimonopoly Act art.2.
48. Antimonopoly Act art.9.
49. Kosei Torihiki linkai [Japan Fair Trade Comm'n] 3 September 1998, no.16, KOTORII DS at http://snk.jftc.go.jp/JDS/data/pdf/H100903H10J02000016_H100903H10J02000016_.pdf [<https://perma.cc/PX9J-FLFA>] (Japan) [Accessed 19 December 2017].
50. S. Itoda, "Competition Policy of Japan and its Global Implementation" in C. A. Jones and M. Matsushita (eds), *Competition Policy in the Global Trading System* (2002), 61, 63.
51. Kosei Torihiki linkai [Japan Fair Trade Comm'n] 3 September 1998, no.16, KOTORIII DS.
52. Kosei Torihiki linkai [Japan Fair Trade Comm'n] 20 February 2008, no.2, KOTORII DS at http://snk.jftc.go.jp/JDS/data/pdf/H200220H20J11000002_/_%EF%BC%92%EF%BC%90%EF%BC%8D%EF%BC%92.pdf [<https://perma.cc/38C8-D2LE>] (Japan) [Accessed 19 December 2017].
53. Cease and Desist Order and Surcharge Payment Order against Marine Hose Manufacturers, Japan Fair Trade Commission (22 February 2008) at http://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2008/feb/individual_000147.html [<https://perma.cc/PV2X-EXEX>] [Accessed 19 December 2017].
54. Cease and Desist Order and Surcharge Payment Order against Marine Hose Manufacturers, Japan Fair Trade Commission (22 February 2008).
55. Cease and Desist Order and Surcharge Payment Order against Marine Hose Manufacturers, Japan Fair Trade Commission (22 February 2008).
56. Cease and Desist Order and Surcharge Payment Order against Marine Hose Manufacturers, Japan Fair Trade Commission (22 February 2008).
57. *Intel Corp v Commission* (T-286/09) EU:T:2014:547.
58. *Intel Corp v Commission* (T-286/09) EU:T:2014:547 at 236.
59. *Intel Corp Inc v Commission* (C-413/14 P) EU:C:2017:632.
60. *Intel Corp Inc v Commission* (C-413/14 P) EU:C:2017:632 at 93.
61. *Intel Corp Inc v Commission* (C-413/14 P) EU:C:2017:632 at 134.
62. *Intel Corp Inc v Commission* (C-413/14 P) EU:C:2017:632 at 138.
63. *Intel Corp Inc v Commission* (C-413/14 P) EU:C:2017:632 at 143.
64. In his analysis, the Attorney General AG Wahl conveys a very important point: the existing categorisation of rebate schemes ("loyalty", "loyalty-inducing", "exclusivity") is somewhat artificial ("the difference between the rebates at issue in *Tomra* (*Tomra Systems ASA v Commission* (T-155/06) EU:T:2010:370) and *Hoffmann-La Roche* (*Hoffmann-La Roche v Commission* (85/76) EU:C:1979:36) is one of degree rather than kind") [100]. The prohibition of a rebate scheme on the basis of its form alone—and thus without evaluating the economic and legal context—seems to be at odds with the case law. If the qualification of a practice as restrictive by object does not consider the relevant context it would rule out, from the outset, other plausible explanations for the conduct [86]–[88].
65. V. Scordamaglia, in D. A. M.-A. Floudas (ed), *The Extra Territorial Application of EU Competition Law* (2007), pp.47–57.
66. V. Scordamaglia, in D. A. M.-A. Floudas (ed), *The Extra Territorial Application of EU Competition Law* (2007), p.5.
67. This prioritises the "benefit of convergence", or "achieving in anti trust law, policy, processes and economic theory across jurisdictional lines (is that) global firms spend less time and money on compliance and can devote more of those resources to the business of competition and innovation. Moreover, when global rules are predictable, businesses can feel greater freedom to forecast, take risks, innovate and compete". M. Delrahim, Deputy Assistant Ag, Anti Trust Division, DoJ, Presentation before the American Bar Association, Section of Anti Trust law Conference on Anti Trust and Intellectual Property, Challenges on the Road of Convergence (21 May 2004) at <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/205629.htm> [Accessed 19 December 2017].
68. A. V. Lowe, "The Problems of Extraterritorial Jurisdiction: Economic Sovereignty and the Search for a Solution" (1985) 34 *International and Comparative Law Quarterly* 743.
69. S. J. Evenett, "Competition law and the economic characteristics of developing countries" 15, 17–18.
70. S. J. Evenett, "Competition law and the economic characteristics of developing countries" 15, 17.
71. A. Sing, "Competition and Competition Policy in Emerging Markets: International and Developmental Dimensions" (UNCTAD/GDS/MDPB/G24/18, 2002), 7.
72. A. Sing, "Competition and Competition Policy in Emerging Markets: International and Developmental Dimensions" (UNCTAD/GDS/MDPB/G24/18, 2002), 6.
73. W. E. Kovacic, "Designing and Implementing Competition and Consumer Protection Reforms in Transitional Economies: Perspectives from Mongolia, Nepal, Ukraine, and Zimbabwe" (1995) 44 *DePaul L. Rev* 1197, 1203–1206.
74. W. H. Page, asserts "the danger of anti trust enforcement based on ideological and financial concerns rather than the actual effect of the transactions of the economy, and pointing to the EU's review of the Boeing-McDonnell-Douglas merger, which raised concerns that it was driven by a desire to protect Airbus rather than protect competition generally" in "Anti Trust Review of Mergers in Transition Economics: A Comment with some lessons from Brazil" (1998) 66 *University of Cincinnati Law Review*, 1113, 1118.

75. Regulation 139/2004 on the control of concentrations between undertakings [2004] OJ L24/6 art.1 para.1.
76. Regulation 139/2004 on the control of concentrations between undertakings [2004] OJ L24/6 art. para.2.
77. Regulation 139/2004 on the control of concentrations between undertakings [2004] OJ L24/6 recital (10).
78. A. Jones and B. Safron, *EU competition law: text, cases, and materials* (Oxford University Press (UK), 2014), 1278.
79. Decree of The State Council of the People's Republic of China No.529 2008 art.3(PRC).
80. Anti-Monopoly Law of the People's Republic of China 2007 (PRC).
81. Anti-Monopoly Law of the People's Republic of China 2007 art.2 (PRC).
82. M. Faure and X. Zhang, "Towards an Extraterritorial Application of the Chinese Anti-monopoly Law that Avoids Trade Conflicts" (2013) 45(3) *The George Washington International Law Review* 504.
83. M. Faure and X. Zhang, "Towards an Extraterritorial Application of the Chinese Anti-monopoly Law that Avoids Trade Conflicts" (2013) 45(3) *The George Washington International Law Review* 504, 526.
84. M. Faure and X. Zhang, "Towards an Extraterritorial Application of the Chinese Anti-monopoly Law that Avoids Trade Conflicts" (2013) 45(3) *The George Washington International Law Review* 504, 526.
85. K. J. Hamner, "The Globalization of Law: International Merger Control and Competition Law in the United States, the European Union, Latin America and China" (2001–2002) 11(2) *Journal of Transnational Law & Policy* 400. Hammer argues that "The globalization of business has blurred the lines between thus creating the need for extra territorial jurisdiction as well as convergence within separate bodies of competition law" 385, 403.
86. M. Faure and X. Zhang, "Towards an Extraterritorial Application of the Chinese Anti-monopoly Law that Avoids Trade Conflicts" (2013) 45(3) *The George Washington International Law Review* 504, 526.
87. MOFCOM, *InBev/AB* [2008].
88. MOFCOM, *Coca-Cola v Huiyuan* [2009].
89. MOFCOM, *Seagate v Samsung* [2011].
90. Tingting, Weinreich-Zhao, *Chinese Merger Control Law* (Springer, 2015), 149.
91. MOFCOM, *Alcon v Novartis* [2010].
92. MOFCOM, *Alcon v Novartis* [2010].
93. M. Faure and X. Zhang, "Towards an Extraterritorial Application of the Chinese Anti-monopoly Law that Avoids Trade Conflicts" (2013) 45(3) *The George Washington International Law Review* 504, 530.
94. MOFCOM, *Uralkali v Silvinit* [2011].
95. MOFCOM, *Alpha V Savio* [2011].
96. M. Faure and X. Zhang, "Towards an Extraterritorial Application of the Chinese Anti-monopoly Law that Avoids Trade Conflicts" (2013) 45(3) *The George Washington International Law Review* 504, 528.
97. MOFCOM, *Panasonic v Sanyo* [2009] at [18].
98. MOFCOM, *Glencore v Xstrata* [2013] at [46].
99. Tingting, Weinreich-Zhao, *Chinese Merger Control Law* (Springer, 2015), 169.
100. M. Faure and X. Zhang, "Towards an Extraterritorial Application of the Chinese Anti-monopoly Law that Avoids Trade Conflicts" (2013) 45(3) *The George Washington International Law Review* 504, 528.
101. See Case IV/M.877, *Boeing v McDonnell Douglas* [1997] OJ L336/16.
102. Competition Cooperation Agreement 1991(EC-US).
103. A. Jones and B. Safron, *EU competition law: text, cases, and materials* (Oxford University Press (UK), 2014), 1284.
104. Case IV/M.619, [1997] *Gencor v Lonrho* at 103.
105. Case IV/M.619, [1997] *Gencor v Lonrho* at 103.
106. Tingting, Weinreich-Zhao, *Chinese Merger Control Law* (Springer, 2015), 169.
107. MOFCOM, *Panasonic v Sanyo* [2009] at [18].
108. MOFCOM, *Glencore v Xstrata* [2013] at [46].
109. Tingting, Weinreich-Zhao, *Chinese Merger Control Law* (Springer, 2015), 170.
110. Tingting, Weinreich-Zhao, *Chinese Merger Control Law* (Springer, 2015), 173.
111. Tingting, Weinreich-Zhao, *Chinese Merger Control Law* (Springer, 2015), 173.
112. K. J. Hamner, "The Globalization of Law: International Merger Control and Competition Law in the United States, the European Union, Latin America and China" (2001–2002) 11(2) *Journal of Transnational Law & Policy* 400. Hammer argues that "The globalization of business has blurred the lines between thus creating the need for extra territorial jurisdiction as well as convergence within separate bodies of competition law" 404.

113. K. J. Hamner, "The Globalization of Law: International Merger Control and Competition Law in the United States, the European Union, Latin America and China" (2001–2002) 11(2) *Journal of Transnational Law & Policy* 400.
114. See above.
115. Positive Comity Agreement 1998 (EU-US).
116. Best Practices on Cooperation in Merger Investigation 2011 (EU-US).
117. Competition Policy Dialogue 2004 (EU-China).
118. See Case IV/M.877, *Boeing v McDonnell Douglas* [1997] OJ L336/16.
119. A. V. Lowe, "The Problems of Extraterritorial Jurisdiction: Economic Sovereignty and the Search for a Solution" (1985) 34 *International and Comparative Law Quarterly* 743, 731.

**6. ARBITRAGE INTERNATIONAL ET AUTRES MODES DE REGLEMENT DES
CONFLITS**
**INTERNATIONAL ARBITRATION AND ALTERNATIVE DISPUTE
RESOLUTION**

LES « BREVES »

BRIEFING

Antonio MUSELLA* et Živa FILIPIČ**

LT Adverse inferences; Alternative dispute resolution; Appointments; Arbitrators; Arbitrators' powers and duties; France; International arbitration; International Bar Association; Rules of evidence; Russia

TRIBUNAUX JUDICIAIRES

FRANCE : Les arbitres peuvent utiliser la technique des *adverse inferences* sur la base des Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international.

En 2001, une société américaine a conclu un contrat d'achat d'actions avec 12 entreprises espagnoles, actionnaires de Grupo Guascor. Par la suite, la société américaine a transféré ses droits conformément à l'accord à la société espagnole de son même groupe.

Le contrat prévoyait que le prix aurait été ajusté quand la transaction aurait eu lieu, en prenant en compte des données comptables. En cas de désaccord entre les parties, le contrat prévoyait la détermination du prix par un tiers.

Les parties ne parvenant pas à s'accorder sur l'ajustement du prix, après avoir nommé un expert, le 9 octobre 2012, les actionnaires espagnoles ont introduit une procédure d'arbitrage en accord avec une clause d'arbitrage ICC prévue dans l'accord.

STATE COURTS

FRANCE: The arbitrators can draw adverse inferences on the basis of the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration.

In 2011, an American company entered into a share purchase agreement with 12 Spanish companies, shareholders of Grupo Guascor. Subsequently, the American company transferred its rights under the agreement to the Spanish company of the group.

The share purchase agreement provided that the price would be adjusted when the transaction occurred in order to take into account some accounting parameters. In the event of a disagreement between the parties, the agreement provided for the price to be determined by an expert.

As the parties failed to agree on the price adjustment, after having appointed an expert, on 9 October 2012, the Spanish Shareholders, commenced arbitral proceedings against both companies pursuant to an ICC arbitration clause contained in the agreement.

* Avocat au Barreau de Paris, Castaldi Partners, Chargé d'enseignements à l'Ecole de Droit de la Sorbonne (Université Paris 1) et à l'Université de Poitiers.

** Managing Counsel, International Court of Arbitration — International Chamber of Commerce, Paris.

The arbitral award was rendered on 11 February 2015. The arbitral tribunal agreed with the claimants.

In doing so, the arbitral tribunal drew adverse inferences against the respondent, pursuant to art.9(5) of the IBA Rules, since the respondent did not produce some financial reports during the document production phase. The respondent's refusal to produce the reports was based on the privileged and confidential nature of the requested documents. No objections were raised by the claimant.

On 19 March 2015, the respondent filed a partial set-aside application of the arbitral award before the Paris Court of Appeal in relation to the adverse inferences.

The Paris Court of Appeal had to decide whether the arbitral tribunal, by drawing adverse inferences from the non-production of documents, complied with its mandate and with the principle of due process.

The respondent argued that the arbitral tribunal did not comply with its mandate by basing its decision on the IBA Rules without prior consultation of the parties. It also alleged that the arbitral tribunal violated due process by relying on adverse inferences drawn from the non-production of financial documents.

On 28 February 2017, the Paris Court of Appeal held that the reference to the IBA Rules was explicitly included in the procedural order no.1. Consequently, there was no specific need to raise it again and the arbitral tribunal was allowed to rely on the IBA Rules without prior consultation of the parties. Therefore, pursuant to the Paris Court of Appeal, the arbitral tribunal had not violated its mandate as the adverse inferences principle was necessarily in the debate.

In addition, the Paris Court of Appeal noted that the arbitral tribunal primarily based its decision on the evidence submitted by the parties and referred to adverse inferences, only for the sake of completeness. Therefore, the Paris Court of Appeal held that the arbitral tribunal had not breached the due process principle.

COURTS: OTHER STATES

RUSSIA: The decision of a foreign arbitration institute could be treated as an internal arbitration court decision if (i) the dispute was between only Russian legal entities and (ii) the place of arbitration was in the territory of the Russian Federation.

La décision arbitrale a été rendue le 11 février 2015. Le tribunal arbitral a partiellement accepté les arguments des actionnaires espagnoles.

En effet, le tribunal arbitral a appliqué à l'encontre du défendeur, la technique des *adverse inferences*, en application de l'art.9(5) des IBA Rules, compte tenu que le défendeur n'avait pas produit des bilans pendant la phase de production des documents. Le refus de produire ces documents était fondé sur le caractère confidentiel des documents demandés. Aucune objection n'avait été soulevée par les actionnaires espagnoles.

Le 19 mars 2015, le défendeur — condamné dans la sentence arbitrale — saisit la Cour d'appel de Paris d'une demande d'annulation de la décision arbitrale.

La Cour d'appel de Paris devait se prononcer sur le fait si le tribunal arbitral, en déduisant des conclusions défavorables d'un refus de production des documents, avait décidé conformément à sa mission et n'avait pas violé le principe du procès équitable.

Le demandeur à l'annulation affirme que le tribunal n'avait pas respecté sa mission en fondant sa décision sur les IBA Rules sans une consultation préalable des parties. En outre, il affirme que le tribunal arbitral avait violé les principes du procès équitable en appliquant la méthode des *adverse inferences* au refus de production des documents financiers.

Le 28 février 2017, la Cour d'appel de Paris constate que la référence aux IBA Rules était expressément incluse dans l'ordonnance de procédure n°1. Par conséquent, il n'y avait pas besoin d'une référence spécifique et le tribunal arbitral était autorisé à se fonder sur les IBA Rules sans consultation préalable des parties. Ainsi, selon la Cour d'appel de Paris, le tribunal arbitral n'a pas violé sa mission parce que la méthode des *adverse inferences* était nécessairement déjà dans les débats.

D'autre part, la Cour d'appel de Paris a constaté que le tribunal arbitral a premièrement fondé sa décision sur les preuves soumises par les parties et qu'il a utilisé les *adverse inferences* seulement dans un but d'exhaustivité. Par conséquent, la Cour d'appel de Paris a décidé que le tribunal arbitral n'a pas porté atteinte au principe du procès équitable.

TRIBUNAUX JUDICIAIRES : ETATS TIERS

RUSSIE : La décision d'un institut étranger d'arbitrage produit les mêmes effets d'une sentence arbitrale interne si (i) le litige était entre entités juridiques russes et (ii) le lieu d'arbitrage était sur le territoire de la Fédération russe.

Une société introduit une procédure arbitrale devant le Centre d'arbitrage Singapour-Russe, ayant son siège social à Singapour. Le 30 août 2016, l'arbitre unique accueille la demande principale et condamne le défendeur à payer 45.000 RUB.

Le demandeur saisit alors la Moscow Arbitrazh Court, chargée de la reconnaissance et l'exequatur des sentences arbitrales, pour obtenir la reconnaissance et l'exécution de la sentence.

La Moscow Arbitrazh Court avec une décision du 20 janvier 2017, a refusé de reconnaître et exécuter la sentence. Sur la base des arts 244(1) et (7) du Code de procédure d'arbitrage russe, la Moscow Arbitrazh Court a décidé que « l'arbitrage d'un litige entre entités juridiques russes sur le territoire d'un état étranger est contraire à l'ordre public de la Fédération russe ».

Toutefois, le 14 mars 2017, la Cour d'arbitrage du District de Moscow (l'équivalent d'une Cour de cassation) a cassé la susmentionnée décision et a renvoyé l'affaire pour un nouveau jugement à la Moscow Arbitrazh Court.

Le 5 mai 2017, la Moscow Arbitrazh Court a statué que, en sachant que l'audience a eu lieu à Moscow :

« de fait, la sentence rendue dans le cadre de l'institution d'arbitrage de Singapour-Russe ... est une décision arbitrale rendue sur le territoire de la Fédération Russe, dont l'ordre d'exécution est soumis aux dispositions du Chapitre 30 du Code de Procédure d'Arbitrage Russe. Compte tenu du fait que la décision de ce centre a été rendue sur le territoire de la Fédération Russe, la cour n'a pas fondements pour lui donner exécution aux termes de la procédure prévue par le Chapitre 31 du Code de Procédure d'Arbitrage Russe. »

ASSOCIATIONS

ARBITRALWOMEN : Nouveau Président

Depuis le 1 décembre 2017, Asoïd García-Márquez est le nouveau Président de l'association. García-Márquez, de nationalité mexicaine était déjà auparavant le Secrétaire général et coordinateur des événements de l'organisation. Elle travaille à l'Office des normes internationales et des affaires juridiques de l'UNESCO. Elle succède à Rashda Dana.

A company commenced arbitration proceedings in the Russia-Singapore Arbitration Center, whose registered address is in Singapore. On 30 August 2016, the sole Arbitrator awarded the claimant the principal claim of RUB 45.000.

The claimant applied to Moscow Arbitrazh Court for the recognition and enforcement of the award.

On 20 January 2017, the Moscow Arbitrazh Court refused to recognise and enforce the award. The Arbitrazh Court relied on arts 244 (1)(7) of the Russian Arbitration Procedure Code providing that "the arbitration of a dispute between Russian legal entities on the territory of a foreign state is contrary to the public order of the Russian Federation".

On 14 March 2017, the Arbitration Court of the Moscow District (Russian Supreme Court) reversed the above-mentioned judgment and remanded the case for a retrial to the Moscow Arbitrazh Court.

On 5 May 2017, the Moscow Arbitrazh Court held that, since the hearing was held in Moscow:

"in fact, this decision of the Russian-Singapore Arbitration ... is an arbitration award made in the territory of the Russian Federation, the enforcement order of which is governed by the provisions of Chapter 30 of the Russian Arbitration Procedure Code. Since the decision of the Russian-Singapore Arbitration ... taken in the territory of the Russian Federation, the court has no grounds for enforcing it in accordance with the procedure established by Chapter 31 of the Russian Arbitration Procedure Code."

ASSOCIATIONS

ARBITRALWOMEN: New President

ArbitralWomen's board of directors appointed Asoïd García-Márquez president. García-Márquez, a Mexican national and the organisation's secretary and events coordinator, is a legal officer at the UNESCO Office of International Standards and Legal Affairs. She succeeds Rashda Dana.

**6. ARBITRAGE INTERNATIONAL ET AUTRES MODES DE REGLEMENT
DES CONFLITS
INTERNATIONAL ARBITRATION AND ALTERNATIVE DISPUTE
RESOLUTION**

**EMMANUEL GAILLARD ET GEORGE A. BERMAN, (DIR) — GUIDE DU
SECRETARIAT DE LA CNUDCI SUR LA CONVENTION POUR LA
RECONNAISSANCE ET L'EXECUTION DES SENTENCES ARBITRALES
ETRANGERES, NEW YORK, 1958, (PEDONE, PARIS : ED. SPEC., 2017) NEW YORK :
NATIONS UNIES, 2017**

Pascale ACCAOUI-LORFING*

L'ouvrage est co-rédigé par deux grands experts de l'arbitrage international, Professeurs E. Gaillard et G. Bermann. Il est le fruit d'une coopération d'équipes de recherche, du Secrétariat de la CNUDCI, et d'une contribution d'institutions d'arbitrages, de Cours suprêmes nationales, de professeurs et d'avocats spécialisés dans l'arbitrage international, nommément désignés et à qui sont dédiés des remerciements en fin d'ouvrage. L'Annexe I est consacrée au texte de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York 1958). L'Annexe II est relative aux sources externes (Guide interactif, bibliographie, jurisprudence, Fiche-pays, travaux préparatoires, et index général, téléchargeables par scanne des codes QR reproduits).

Le Guide est d'abord « le produit du travail réalisé par le Secrétariat avec la contribution de ses experts, et n'a pas fait l'objet d'un débat devant la CNUDCI. Par conséquent, il n'entend pas refléter les vues et les opinions des Etats membres de la CNUDCI et ne constitue pas une interprétation officielle de la Convention de New York » tel que précisé par l'ouvrage. Il marque les 60 ans de l'adoption de la Convention de New

York de 1958 et la nécessité de faire le point sur sa réception par les Etats qui y ont adhéré. Il a pour objectif de rechercher d'une part l'adhésion du plus grand nombre d'Etats aux normes juridiques relatives à l'arbitrage international comme mode de règlement des litiges, et d'autre part l'harmonisation des règles ainsi adoptées.

Le Guide est un outil de compréhension de la Convention de New York de 1958 par l'analyse détaillée qui en est faite. Les deux experts procèdent en effet, à une analyse, disposition par disposition, de la Convention en établissant d'une part, l'état de la jurisprudence y relative, c'est-à-dire des décisions de justice rendues par les juridictions des Etats contractants, et d'autre part en citant la doctrine y afférente. Il a ainsi le mérite de permettre l'état des lieux à un moment donné de la Convention. S'appuyant lorsque nécessaire sur les travaux préparatoires, il permet aussi de préciser tel aspect non encore élucidé soit parce que non traité par la Convention, soit en raison de l'absence de jurisprudence en la matière ou des deux à la fois. Il en est ainsi à titre d'exemple de l'inapplicabilité de la Convention aux décisions prenant acte des termes d'un accord intervenu

* Collaboratrice Lamy Contrats Internationaux (Contrats d'investissement), membre de la Société de Législation Comparée, membre du Groupe de Travail Contrats Internationaux.

entre les parties (v. n°36, p.24) ou de l'absence de jurisprudence relative au renoncement par les parties de certains Etats au recours en annulation et de son éventuelle incidence sur le caractère exécutoire de la sentence au titre de la Convention (v. n°48, p.30). Le Guide est aussi l'occasion d'établir un tour d'horizon d'une notion (tel l'ordre public, art.V(2)(b), analysant le concept (au regard de l'Etat du for, son contenu différent d'une juridiction nationale à une autre, son rapport avec les règles impératives etc ...), et son application. L'analyse de la disposition étant susceptible, à titre d'exemple, de révéler une possible harmonisation notamment relative à l'interprétation restrictive de la disposition.

L'apport du Guide à la Convention de New York de 1958 qui a pour objectif de promouvoir l'arbitrage international comme mode alternatif de règlement des différends est alors incontestable. D'abord sa richesse réside dans l'abondance des références jurisprudentielles nationales et doctrinales qui permet que se dessinent les tendances relatives à l'interprétation et à l'application de la Convention de New York de 1958. Il constitue en outre un précieux outil de travail relatif aux dispositions de la Convention de New York de 1958 dont le sens et la portée sont ainsi établis à la lumière d'une analyse comparée des décisions nationales. Il permet enfin une appréciation de l'harmonisation des règles ou leur spécificité telle qu'entendue par certaines juridictions nationales.

Le Guide est téléchargeable gratuitement sur le site newyorkconvention1958.org.

A l'appui de ce Guide, une plateforme interactive en ligne newyorkconvention1958.org, sous la supervision de Mme Yas Banifatemi, Directrice exécutive et coordinatrice du site, et avec la collaboration de la CNUDCI, de Shearman & Sterling LLP et de Columbia Law School. C'est une base de données complète relative à la Convention de New York de 1958, constamment mise à jour et mise à la disposition du public en accès gratuit.

Cette plateforme interactive en ligne organise la recherche par « entrée », à partir des rubriques relatives aux dispositions de la Convention, aux juridictions (par pays signataires), à la jurisprudence, à la bibliographie, aux travaux préparatoires, et au Guide.

Elle répertorie les dispositions de la Convention de New York, article par article dans les six langues officielles des Nations Unies avec des liens vers la jurisprudence rendue par les tribunaux des Etats signataires et vers les travaux préparatoires.

La rubrique « *jurisdictions* » renvoie aux Etats signataires de la Convention de New York de 1958. Ce sont les informations de chaque pays, relatives à la Convention et à la jurisprudence qui s'y rapporte qui y sont répertoriées. Chaque Etat est ainsi renseigné sur son adhésion à la Convention, les éventuelles réserves qu'il y a apportées, l'instrument de ratification, la loi nationale relative à l'arbitrage international, les liens utiles, les décisions nationales relatives à la Convention de New York de 1958, et les travaux préparatoires (dans le cas où un national de l'Etat y a été représentant lors d'une session).

La *jurisprudence* y est extrêmement fournie. Ainsi, sont répertoriées chronologiquement (de la plus récente) pas moins de 1.200 décisions de justice rendues par les juridictions des pays signataires de la Convention, de tradition civiliste et de *common law*, décisions publiées dans leur intégralité et dans leur langue d'origine, certaines bénéficiant de traduction en anglais (traduction cependant non officielle parce que non effectuée par les services officiels de l'ONU).

La *bibliographie* y est extrêmement fournie et complète (800 références) Elle répertorie les publications relatives à la Convention de New York de 1958 dont certaines versions sont en accès libre en ligne.

L'intérêt de cette plateforme réside dans la possibilité d'effectuer une recherche « croisée », par mots clés, par rapport à un tribunal spécifique d'un Etat, une disposition, une année précise ou un Etat signataire.

Le Guide et la plateforme interactive, fruits d'un travail considérable, permettent un accès libre aux sources complètes et mises à jour de la Convention de New York de 1958, et constituent un outil précieux à la disposition des praticiens de l'arbitrage international commercial et d'investissement. L'accès aux sources, prérequis à toute analyse, est désormais à la portée de tout chercheur, universitaire, ou juge.

**6. ARBITRAGE INTERNATIONAL ET AUTRES MODES DE REGLEMENT
DES CONFLITS
INTERNATIONAL ARBITRATION AND ALTERNATIVE DISPUTE
RESOLUTION**

**SIGVARD JARVIN AND CORINNE NGUYEN—COMPENDIUM OF
INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION FORMS: LETTERS,
PROCEDURAL INSTRUCTIONS, BRIEFS AND OTHER DOCUMENTS, (KLUWER
LAW INTERNATIONAL, 2017)**

Lorraine DE GERMINY*

Arbitration practitioners thirsty for practical guidance on how to conduct arbitration proceedings will wish to get their hands on a copy of the recently-published *Compendium of International Commercial Arbitration Forms: Letters, Procedural Instructions, Briefs and Other Documents* by Sigvard Jarvin and Corinne Nguyen. The authors are seasoned practitioners, who generously share their broad knowledge and experience gained from acting as arbitrator or counsel.

This compendium of some 600 pages provides templates for the primary documents that either counsel or arbitrators will prepare throughout the life of an arbitration proceeding—starting from the Request for Arbitration, through procedural orders, and up through the final award. Each chapter is dedicated to a document that marks a milestone in an arbitration and sets out a model and variations thereof (for example, models of both short and long Answers to a Request for Arbitration). Chapters commence with short introductory comments (often of a couple of pages) that describe the purpose of the document, flag key issues or differences of philosophy or practice (regarding for instance the scope of document production), and refer the reader to relevant guidelines and literature. An index rounds off the book and further assists the reader in quickly finding what he or she may be looking for.

The compendium is a *how-to* reference manual, which stands out from the vast body of theoretical literature regarding international commercial arbitration. It may be trusted by a newcomer to arbitration—whether as counsel or arbitrator—as a reliable roadmap for the proceedings and will guide the newcomer as to the possible content, structure, and style of key documents. Templates of documents to be issued by the arbitrator include conflict disclosures, terms of reference and procedural orders, orders of interim relief and partial and final awards, including cost awards. Templates of documents to be submitted by counsel include requests for arbitration and answers thereto, powers of attorney, document production requests, applications for security for costs, requests for interim relief, statements of claim and of defence as well as post-hearing briefs.

The compendium also includes templates for materials that counsel will prepare but not formally submit in the arbitration, including instructions by counsel to witnesses prior to a hearing. Referring to the different traditions of witness interrogation from civil law and common law systems, the authors put forward examples of both succinct and detailed instructions to witnesses, ranging from “answer ‘yes’ or ‘no’ and say no more” to “beware the ‘friendly’ opposing lawyer”. This concrete guidance on how to

* Associate, Lalive, Geneva, Switzerland.

prepare witnesses for the often grueling exercise of cross-examination is otherwise difficult or impossible to come by. Noting that it is recognised that counsel may assist witnesses also in preparing their written testimony, the compendium provides model witness statements, while cautioning the lawyer against putting words in a witness' mouth.

Interestingly, the authors have included a chapter dedicated to oral opening and closing statements. They emphasise the importance of advocacy skills and the need for counsel to consider carefully the arbitrators and their background, in shaping his or her oral arguments. The model oral arguments provided vary in style, tone, and language and thus illustrate the authors' message that there is no single, right way of presenting oral arguments.

Like IBA and other guidelines for arbitration practitioners, the compendium advances the goals of standardisation and uniformisation of

practices and procedures, and thus of their predictability. At the same time, the authors demonstrate the range of options available to arbitrators and counsel, regardless of the juncture of the proceedings, thereby proving one of arbitration's key virtues—its flexibility and malleability to suit the users' needs and purposes.

For the next edition and to facilitate the use of their models, the authors may wish to consider including with the hard copy either a USB flash drive or a password to an internet website, which would provide the materials in electronic format.

Sigvard Jarvin and Corinne Nguyen's compendium will complement nicely any bookshelf of academic treatises regarding international commercial arbitration. Although, due to its easy use and practical content, the compendium will probably find its place closer to the reader, on his or her desk and next to the computer, rather than on a dusty bookshelf.

**6. ARBITRAGE INTERNATIONAL ET AUTRES MODES DE REGLEMENT
DES CONFLITS
INTERNATIONAL ARBITRATION AND ALTERNATIVE DISPUTE
RESOLUTION**

**DIMITAR KONDEV—MULTI-PARTY AND MULTI-CONTRACT ARBITRATION IN
THE CONSTRUCTION INDUSTRY (WILEY BLACKWELL, 2017)**

Fabrice ROBERT-TISSOT*

Dr Dimitar Kondev's book on multi-party and multi-contract arbitration in the construction industry tackles a complex topic, which presents many hurdles in practice.

Dr Kondev has successfully accomplished this difficult task.

He leads the reader through the intricacies and pitfalls of this subject in an efficient and well-structured manner. He also takes a convincing stance on the most controversial issue and proposes pragmatic and workable solutions to the recurring problems that arise with respect to multi-party arbitration in construction disputes.

This book might be of interest not only for practitioners specialised in construction arbitration but also for the arbitration community. In particular, it examines the problems arising from multi-party arbitration in general. Dr Kondev further proposes solutions for the drafting of multi-arbitration clauses in the construction industry that may provide interesting insight in other fields of practice. Dr Kondev also takes position on the general question of whether multi-party arbitration should be ruled in national arbitration laws and whether the arbitration rules may be improved in this respect.

The structure of the book is as follows:

- It first contains an overview of multi-party and multi-contract arbitration in general (Ch.2) and then turns to the specific need

for multi-party arbitration in the construction sector (Ch.3).

- It then examines the regulations on multi-party arbitration under the main arbitration rules (Ch.4) as well as under several arbitration laws (Ch.5). It further assesses the contractual solutions contained in international standard forms (Ch.6).
- Dr Kondev also proposes solutions for multi-party arbitration that can be included in arbitration agreements and/or in arbitration rules (Ch.7).
- The tables at the end of the book contain a summary of multi-party arbitration provisions contained in the reviewed arbitration rules (if any) (Table 1) and arbitration laws (Table 2).

More specifically, the following elements might be of special interest for arbitration practitioners.

Chapter 4 of the book provides an in-depth and comparative analysis of provisions on multi-party arbitration contained in the following arbitration rules: the ICC Rules, the CEPANI Rules, the LCIA Rules, the UNCITRAL Rules, the Swiss Rules, the AAA Arbitration Rules, the Vienna Rules, the DIS Arbitration Rules, the SCC Rules and the DIA Rules. It also briefly examines the arbitration rules from the following arbitral institutions: CIETAC, SIAC, HKIAC and JCAA.

* Partner, Doctor of law, LL.M. (Columbia). Attorney-at-Law, Geneva and New York.

Chapter 5 contains a comparative law analysis of the various arbitration laws containing specific provisions on multi-party arbitration. In addition to the UNCITRAL Model Law, this analysis examines the arbitration laws enacted by the following states and regions: UK, the Netherlands, Belgium, New Zealand, Hong Kong, Canada, Australia and the US. The book also briefly reviews the arbitration laws enacted in Malaysia, Singapore, Ireland and Italy.¹

At the end of this chapter, Dr Kondev then turns to the critical issue of whether arbitration laws should deal with multi-party arbitration (see below).

Chapter 6 also contains an in-depth analysis and comparison of the contractual solutions to multi-party arbitration provided by international standard forms, such as the FIDIC Conditions of Contract, the FCEC Blue Form, the JCT Contracts, the ACA standard forms, the NEC3, the IChemE Contracts, the ICC Contracts, the PPC and SPC International, the ENAA Model Forms, the AIA standard forms, the ConsensusDocs, and the General Conditions AB 92/AB 93.

Chapter 7 further examines the various solutions that have been proposed to address multi-party arbitration, including proposed contractual solutions and the recommendations contained in the IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses and the AAA Guide to Drafting Alternative Dispute Resolution Clauses for Construction Contracts.

Dr Kondev then examines the key elements that should be taken into account when drafting multi-arbitration clauses and proposes a sample (FIDIC Red book-friendly) clause.

He concludes by examining how a workable multi-arbitration mechanism could be created under arbitration rules.

The main takeaways of this book are the following.

MULTI-PARTY ARBITRATION IN CONSTRUCTION INDUSTRY

According to Dr Kondev, there is often a need for multi-party arbitration in the construction industry.

However, it does not arise in all instances and with respect to all parties involved in construction projects. The need for multi-party arbitration will very much depend on the structure of the contractual framework with respect to the completion of the project and the interests of the different stakeholders.

MULTI-PARTY ARBITRATION SOLUTIONS UNDER ARBITRATION RULES

Dr Kondev points out that most arbitration rules require the consent of all parties involved for the purposes of multi-party arbitration.

Such consent may be expressed in different ways—in an arbitration clause binding on all multiple parties, multi-party arbitration agreement, procedural consent given in the course of the arbitral proceedings or a submission agreement (i.e. an agreement reached once the dispute has arisen). However, the most-commonly used international standard forms do not provide for multi-party arbitration clauses and parties' agreement on multi-party arbitration is unlikely to be reached once the dispute has arisen.

In order to overcome this problem, several arbitral institutions have recently revised their rules with the purpose to allow for multi-party arbitration even in cases where the parties have not explicitly consented to it. By agreeing on the application of these rules, the parties are deemed to have given their anticipatory consent to multi-party arbitration in accordance with these rules.

However, the validity of these rules has been questioned and, as a result, there is always some degree of uncertainty about the outcome of the arbitration procedure, including the enforceability of the arbitral awards. The available statistical information suggests that requests for multi-party arbitration based on these new rules are rarely granted in the absence of all parties' (express) consent thereto.

MULTI-PARTY ARBITRATION SOLUTIONS UNDER ARBITRATION LAWS

Based on his analysis of the various arbitration laws containing specific statutory provisions on

multi-party arbitration, Dr Kondev opines that the arbitration laws should not deal with this matter²:

“... consent to the bringing of such third parties in the pending arbitration is usually something that should be agreed among the parties and not legislated by states ...”

Moreover, arbitration laws allowing for joinder or consolidation often empower the competent state courts to decide on these issues, which is contrary to the parties’ willingness to submit their disputes to arbitration and not to state courts.

CONTRACTUAL SOLUTIONS TO MULTI-PARTY ARBITRATION

According to Dr Kondev, the best way to deal with multi-party arbitration is to obtain the parties’ (prior) consent by way of a multi-party arbitration clause included in the parties’ contract(s).

However, despite these advantages, multi-party arbitration clauses are rarely seen. It is well-known that arbitration clauses remain the “mid-night clause” at the end of the contract. The parties never have the time to negotiate such clauses (and even less multi-party arbitration clauses) and rather prefer to focus on the commercial aspects of the deal.

PROPOSED SOLUTIONS: DRAFTING MULTI-PARTY ARBITRATION CLAUSES

In view of this, Dr Kondev examines which international standard forms are the most appropriate with respect to multi-party arbitration, taking into account the guidelines issued by the IBA and the AAA (see above).

He further makes suggestions on how to draft multi-arbitration clauses, including which arbitration rules and arbitration laws should be considered (respectively, avoided) to regulate this matter.

According to Dr Kondev, when drafting multi-party arbitration clauses, the draftsman should consider the following key issues (in the sequence given below)³:

“1. How to draft the clause in a way that incorporates all parties’ consent?

2. How to describe the disputes to be submitted to multi-party arbitration?
3. How to ensure the compatibility of the clause with contractual preconditions to arbitration?
4. What should be the required link between the disputes which would justify their joint review?
5. Who is to decide whether such a link exists?
6. How is the tribunal to be constituted?
7. What type of multi-party arbitration should the clause envisage?
8. Should there be any limit on the number of parties involved in multi-party arbitration?
9. How to exclude or limit multi-party arbitration?”

Dr Kondev then suggests a sample multi-party arbitration clause, which is also suitable for use with the FIDIC Red Book.

PROPOSED SOLUTIONS: IMPROVING MULTI-PARTY MECHANISM UNDER THE ARBITRATION RULES

Dr Kondev concludes that the current arbitration rules fail to provide workable solution for multi-party arbitration.

He suggests clarification of the current regulation as follows:

- Multi-party arbitration provisions should not explicitly require the parties’ consent to multi-party arbitration.
- Multi-party arbitration provisions should create a jurisdictional basis for the conduct of multi-arbitration. This is the case for instance in the HKIAC Rules and the new SIAC Rules.

It is worth noting that Dr Kondev suggests drawing inspiration from arbitration rules applicable to commodity trades and which contain multi-arbitration provisions, such as the Arbitration Rules of the Grain and Feed Trade Association (GAFTA) and those of the Federation of Oils, Seeds and Fats Associations Ltd (FOSFA).

In view of the foregoing, there is no doubt that this book is a must read for arbitration practitioners.

Let us hope that Dr Kondev's recommendations will be well received and implemented by the

practitioners and the drafters of international standard forms and arbitration rules. This would be a significant step-forward in enhancing dispute resolution in the construction industry.

Notes

1. It is self-evident that Dr Kondev could not cover all arbitration laws. However, the legal frameworks in the (other) most popular places of arbitration, notably those included in the ICC surveys (such as France and Switzerland), could have been included in this book. Dr Kondev focuses on arbitration laws containing specific statutory provisions on multi-party arbitration. However, although the arbitration laws in the most popular places of arbitration may not contain a specific provision on multi-party arbitration, it would have been useful to include a brief analysis of the situation in those jurisdictions, in particular based on the case law rendered in setting aside proceedings against arbitral awards. This includes the *Dutco* decision of the French *Cour de Cassation* (to which reference is made in passing in other sections of the book, in particular at fn.93 of the book): *Siemens AG et BKMI Industrieen Lagen GmbH v Dutco Construction Co*, French *Cour de Cassation*, 1^{re} Ch. civile, 7 January 1992). The question of multi-party arbitration was also examined by the Swiss courts in the *Westland* case: *République arabe d'Égypte v Westland Helicopters Ltd*, *Cour de Justice de Genève*, 26 November 1982; *Swiss Tribunal fédéral*, decision of 16 May 1983, with selected extracts published in: ATF 120 II 155.

2. Kondev, *Multi-party and Multi-contract arbitration in the construction industry* (Wiley Blackwell, 2017), pp.159, 255.
3. Kondev, *Multi-party and Multi-contract arbitration in the construction industry* (Wiley Blackwell, 2017), p.277.