



*Le Master II Opérations et fiscalité internationales des sociétés est fier de vous présenter :*

## **COVID 19 et contentieux international de l'investissement : quelles perspectives ?**



### **Léo Lemaire**

Étudiant du Master II opérations et fiscalité internationales des sociétés,  
Stagiaire au sein du cabinet Gibson Dunn à partir d'avril 2021.



### **Mélissa Mongonge**

Étudiante du Master II opérations et fiscalité internationales des sociétés  
Recherche un stage en Corporate-M&A à partir d'avril 2021

## Introduction

**Alors que le monde entier est confronté à une pandémie obligeant les États à prendre des mesures pour le moins drastiques face à la menace sanitaire, une certaine presse<sup>(1)</sup> s'est fait l'écho d'un bruissement qui agiterait les salles de réunion des plus grands cabinets d'avocats internationaux : la possibilité pour les multinationales d'attaquer les États, précisément du fait des mesures adoptées en réponse à l'épidémie de Covid-19, sur le fondement du droit international de l'investissement.**

Le mécanisme de l'arbitrage international d'investissement est régulièrement la cible de contestations de la part d'une frange de l'opinion publique et des médias. Vu comme un mécanisme de « justice privée » illégitime, comme le symbole d'un capitalisme mondialisé ultra-libéral faisant passer les intérêts des entreprises privées avant l'intérêt général qu'incarnerait l'État, ce « droit » s'attire depuis sa création les foudres des tenants de l'alter-mondialisme, et d'une partie de plus en plus large des citoyens et de leurs représentants politiques.

Derrière cette image d'Épinal, les praticiens et les étudiants familiers avec la matière n'ignorent pas que celle-ci est actuellement traversée par une crise de légitimité profonde. Cette dernière remet en cause certains de ses principes cardinaux, dans l'objectif affiché de rétablir un équilibre nécessaire entre les droits des États de réglementer dans la poursuite de l'intérêt général - d'une part - et les droits des entreprises privées implantées dans des États étrangers - d'autre part - de se défendre face aux changements induits dans leur environnement économique par les mesures étatiques. On comprend l'ampleur des enjeux que pose cette problématique à l'aune d'une période dans laquelle les États n'ont pas hésité à prendre une série de mesures extrêmement contraignantes et évidemment préjudiciables aux droits et intérêts des entreprises privées, allant jusqu'à confiner, à deux reprises, la population et ainsi à fermer les commerces « non essentiels ».

.....

1. Par exemple : Mathias Tépôt "les multinationales envisagent de poursuivre les États pour leurs pertes liées au Covid 19", Marianne, 21 août 2020

**Cet article entend apporter une vision pragmatique des perspectives offertes par la crise actuelle en matière de contentieux international d'investissement, de la réalité derrière les rumeurs, les fantasmes et les caricatures.**

Pour ce faire, il convient d'abord de revenir brièvement, et de façon non exhaustive, sur le mécanisme de l'arbitrage d'investissement, son fonctionnement et les raisons qui ont présidé à sa naissance, « détour » indispensable pour en apprécier la légitimité et comprendre les défis soulevés par la période actuelle. Il conviendra ensuite de s'intéresser justement à la période actuelle et aux façons diverses dont les mesures prises dans le cadre de la lutte contre la pandémie ont pu porter préjudice aux investisseurs étrangers.

Enfin, la question de la pertinence juridique et politique des recours intentés contre les États sera développée, de façon à voir les fondements sur lesquels pourraient s'appuyer ces recours tout autant que les moyens de défense que les États pourraient avancer, le tout dans un contexte où l'arbitrage d'investissement cherche à réaffirmer une légitimité que lui dénie certains, ce qui lui impose certaines transformations sur lesquelles nous nous pencherons.

## I. L'arbitrage international d'investissements : fondements, réalités et légitimité

**Durant la seconde moitié du XXe siècle, en conformité avec l'idéologie libérale qui anime alors la construction du système économique international, les États n'ont pas seulement à cœur d'abaisser les barrières douanières, ce à quoi préside le GATT (puis l'OMC à partir de 1995), mais également de stimuler les investissements étrangers, et de protéger les droits des investisseurs, ce qui va se traduire**

par des législations nationales incitatives mais aussi et surtout par la conclusion de traités bilatéraux entre États d'accueil et États d'origine des capitaux qui apportent aux investisseurs étrangers des garanties de protection essentielles pour les attirer.

**Jusqu'aux années 1990 les flux d'investissements sont essentiellement à sens unique**, des pays « du nord » (comprendre les pays de l'OCDE, États-Unis et pays européens au premier plan) vers les pays « du sud » (comprendre les pays en développement : en Afrique, en Amérique Latine, en Asie). Les investissements étrangers sont vus à l'époque, de façon relativement consensuelle, comme la source d'un développement économique et industriel dont ont bien besoin les États du « tiers monde ».

Certaines élites politiques de ces États qui viennent, pour nombre d'entre eux (notamment en Afrique), d'acquérir leur indépendance, s'élèvent contre ces législations et ces traités qui viendraient poignarder la souveraineté réelle si ardemment défendue en offrant aux investisseurs étrangers les plus offrants, venant le plus souvent des anciennes puissances colonisatrices, la mainmise sur les ressources nationales.

Cette opposition latente aux investissements étrangers dans certains pays ou chez certains dirigeants fait craindre aux États d'origine des capitaux des vagues d'expropriation ou de nationalisation. Un exemple marquant reste la nationalisation de la Compagnie Universelle du Canal Maritime de Suez en 1956 par le président égyptien, Nasser, qui lui a permis d'affirmer l'indépendance économique de l'Égypte, quelques années après l'indépendance politique. Les infrastructures du Canal étaient alors détenues à 44% par des investisseurs français et britanniques. En représailles, les Français et les Anglais mirent sur pied une expédition militaire.

Cet exemple resté célèbre illustre le risque représenté par l'absence de règlement des litiges pouvant résulter d'une relation d'investissement transnational : rien de moins que des représailles inter-étatiques, économiques ou militaires.

C'est de cet écueil que l'arbitrage d'investissement tient sa légitimité originelle : **le règlement du contentieux international d'investissement devant un tribunal arbitral impartial permet, en principe, de court-circuiter toute escalade des tensions entre les États.**

Antérieurement, dès le XIXe siècle, le mécanisme traditionnel de protection des investisseurs privés à l'étranger était la « protection diplomatique », par laquelle l'État de nationalité de l'investisseur agissait en réparation contre l'État d'accueil pour avoir manqué de protéger son propre droit à voir ses ressortissants traités avec les égards attendus (*c'est dans ce contexte que naît la notion de « standard de traitement juste et équitable » qui définit comme son nom l'indique la façon dont un investisseur étranger est en droit d'espérer être traité par l'État d'accueil de son investissement.*)

Cette « protection diplomatique », en tant que mécanisme inter-étatique, était insuffisante à plusieurs égards. D'abord elle rendait l'investisseur dépendant de la volonté politico-diplomatique de son État d'origine de mettre en oeuvre ce mécanisme. Ensuite il n'était pas lui-même porteur de l'action, ne disposant pas de droit subjectif dans l'ordre international, et la réparation éventuelle ne lui était donc pas versée à lui, mais à l'État, qui pouvait choisir de ne pas la lui reverser. Surtout, étant une action d'un État contre l'autre, ce mécanisme ne désarmait pas tout risque de tensions internationales et de représailles.

**Ce sont notamment ces lacunes du mécanisme de « protection diplomatique » qui vont justifier la reconnaissance de la capacité des personnes privées à exercer une action contre l'État d'accueil de leur investissement**, dans un contexte, après la seconde guerre mondiale, où les flux économiques transnationaux ne sont plus du tout marginaux mais deviennent au contraire monnaie courante au fur et à mesure que les frontières entre les États se font plus poreuses pour la circulation des capitaux.

L'ouverture d'une voie juridictionnelle directe de l'investisseur étranger contre l'État d'accueil de son investissement constitue la grande spécificité autant que l'attrait majeur du droit international de l'investissement contemporain. Cette voie juridictionnelle passe par la saisine d'un tribunal arbitral qui permet, en principe, d'offrir à l'investisseur autant qu'à l'État mis en cause les garanties attendues en termes d'impartialité et de neutralité (*de dé-politisation*), un tribunal arbitral international dans la mesure où il tient son pouvoir de juger du droit international (*des traités bilatéraux d'investissements conclus entre les États, les fameux TBI*). Cette internationalité du tribunal arbitral d'investissement justifie que sa sentence soit pourvue de l'autorité internationale de chose jugée, ce qui fournit un certain nombre de garanties quant à son exécution.

**Se sont ainsi développés les « contentieux mixtes », entre un État et un investisseur, permettant à une personne privée ayant investi dans un État différent de son État de nationalité de saisir un tribunal arbitral, sur le fondement d'un TBI, pour obtenir une réparation du préjudice qu'elle aurait subi du fait d'un comportement de l'État contraire à ses obligations internationales, tirées du traité ou du droit international général. Autrement dit, il s'agit d'obtenir réparation pour un « fait internationalement illicite ».**

Cette action en responsabilité engagée dans l'ordre international n'est possible que si les deux États - celui d'origine de l'investisseur et celui d'accueil de son investissement - sont liés par un instrument international qui prévoit ce règlement des litiges en cas de différend. C'est le cas de l'écrasante majorité des TBI contemporains, le premier ayant été conclu en 1959 entre l'Allemagne et le Pakistan. Aujourd'hui, on en dénombre environ 3000 en vigueur (2) , dont 112 conclus par la France .

**Les motifs pour lesquels un État peut être sanctionné par un tribunal arbitral sont fonction des obligations internationales auxquelles l'État d'accueil a souscrit en concluant un traité**

.....

2. Institut international du développement durable, document de référence pour la réunion du groupe ad hoc d'experts "les traités bilatéraux d'investissement et les champions nationaux", page 8, iisd.org

3. CIRDI : Base de données relative aux TBI, disponible en ligne

Mais la protection des investisseurs repose essentiellement sur quelques principes, qui pour certains relèvent désormais du droit international coutumier, comme la compensation en cas d'expropriation, la sanction de toute discrimination non justifiée et l'atteinte aux standards de traitement juste et équitable. Nous aurons l'occasion de revenir sur ces règles, lorsque nous nous interrogerons sur l'atteinte qu'y portent - ou non - les mesures prises pour lutter contre l'épidémie de Covid-19.

La capacité pour des investisseurs privés - étrangers - d'obtenir une réparation de la part des États en cas d'atteinte à leurs droits alimente une rhétorique « *multinationales contre États souverains* » - souvent États en développement, qui plus est - qui dérive vite vers une opposition entre « *intérêt privé et intérêt général* ».

Or, si le droit international de l'investissement s'est bien construit autour de cet objectif de protection des droits et éventuellement des intérêts des investisseurs privés étrangers, on ne peut pas, pour autant, rejeter cet objectif comme étant illégitime.

L'objectif de protection de la personne privée face aux abus de l'État, face au risque d'arbitraire, face à la discrimination, constitue d'une certaine façon la continuité dans l'ordre international du principe sur lequel s'est construit notre droit moderne, libéral au sens politique, de l'Habeas Corpus à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (CEDH), qui est celui de la protection de la personne privée, de ses droits et de ses biens, face à la - toute - puissance publique.

**Comme tout engagement international assumé par un État souverain, les traités de protection de l'investissement viennent poser des limites à la liberté de l'État de réglementer. C'est le principe. Le fait que cette limitation soit au service de la protection d'intérêts privés et étrangers a fait naître cette vision d'un droit profondément déséquilibré, qui servirait les intérêts privés contre l'intérêt général incarné par l'État.**

Dans les États du sud, ce sentiment s'est doublé de celui d'un accaparement des ressources nationales par des multinationales étrangères, particulièrement dans un contexte de décolonisation où la souveraineté sur les ressources naturelles et économiques était portée en étendard (4).

Pour ces pays-là, le point d'équilibre entre la volonté d'attirer les capitaux étrangers pour développer l'économie nationale et le sacrifice de la souveraineté économique et industrielle a pu être particulièrement difficile à trouver, et il le reste.

En Europe la contestation se fonde plus sur la crainte de voir le niveau de standards environnementaux et sociaux défendu par l'Union Européenne et la plupart des États membres être remis en cause par des tribunaux arbitraux.

L'évolution géographique des flux d'investissements n'est pas non plus sans entraîner des remises en question. Ainsi alors que se sont développés les flux entre « pays du Nord », quelle peut être la pertinence d'un tribunal arbitral international ?

En effet, les ordres juridiques internes du Canada, des États-Unis ou des pays de l'Union Européenne, par exemple, n'offrent-ils pas des garanties d'impartialité suffisantes pour rendre caduc le recours à un tribunal arbitral plutôt que le recours à la justice interne ?

C'est ainsi que certains traités récents décident de délaier le recours à l'arbitrage ad hoc, contesté par les opinions publiques pour leur manque de légitimité à remettre en cause la liberté de l'État de réglementer dans l'intérêt général, soit au profit des recours de droit interne, soit au profit d'un tribunal permanent comme celui prévu par le CETA.

Justement, le CETA est un bon exemple des évolutions récentes de la matière, puisqu'il a été conclu entre le Canada et l'Union européenne, laquelle dispose depuis le traité de Lisbonne d'une compétence exclusive en matière d'investissements directs à l'étranger (à l'exclusion des « investissements de portefeuille »).

.....

4. Voir notamment la Résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale en date du 14 décembre 1962 "Souveraineté permanente sur les ressources naturelles"

Le CETA s'intègre dans un mouvement de régionalisation qui aboutit à des accords de libre échange de grande ampleur comportant un volet relatif à l'investissement, comme le NAFTA (l'ALENA en français) dont la première version date de 1994 et qui liait les États-Unis, le Canada et le Mexique. Le NAFTA, d'ailleurs, (devenu l'USMCA depuis le 1er juillet 2020) a pris acte de cette perte de pertinence du recours à un tribunal arbitral pour des relations d'investissement qui concernent deux États aux systèmes judiciaires indépendants et efficaces, en décidant d'abandonner le recours à un tribunal arbitral pour les litiges entre ressortissants américains et l'État canadien ou entre les USA et des ressortissants canadiens. En revanche, pour ce qui concerne les relations avec le Mexique, le recours à l'arbitrage reste la norme...

**Toujours dans une tentative de rééquilibrage d'un droit qui apparaît déséquilibré au profit des investisseurs privés, on remarque dans la pratique conventionnelle contemporaine une volonté de mieux préciser les standards de protection dont bénéficient les investisseurs, afin de limiter la faculté d'interprétation des tribunaux arbitraux.**

En effet historiquement ces standards étaient très vagues et héritiers du concept assez flou de standard minimum de traitement.

Certains États cherchent également à insérer dans les traités des exceptions générales, notamment sur le modèle de l'article XX du GATT, pour s'assurer qu'aucune disposition du traité ne puisse porter atteinte à la liberté de l'État de réglementer dans la poursuite d'un objectif légitime d'intérêt général. Dans le cas du CETA par exemple, le traité assure aux États membres de l'UE que les seuils élevés de protection fixés au niveau de l'Union en matière sanitaire, environnementale, alimentaire, etc. ne pourront être remis en cause par les juges.

Cette question est d'une importance toute particulière pour le sujet qui va nous intéresser à présent, à savoir la possibilité pour les États de devoir réparer les atteintes portées aux investissements étrangers durant la crise du Covid-19.

## II. Les mesures prises pour lutter contre la pandémie et les atteintes aux investissements étrangers

**Dans le contexte de crise sanitaire que nous traversons, la plupart des États à travers le monde ont jugé nécessaire d'adopter des mesures extraordinaires afin de faire face à la pandémie Covid-19. Si ces mesures** sont diverses et variées, elles ont toutes un objectif commun : freiner la propagation du virus et ainsi protéger la santé publique. La protection de la santé publique étant une priorité évidente pour les États, celle-ci justifie que soient employés des moyens plus ou moins stricts, mais qui ne sont pas sans conséquences sur les investisseurs internationaux qui pourraient par la suite recourir à l'arbitrage d'investissement afin de se voir dédommager des éventuelles pertes subies.

Les mesures prises par les États sont de différentes natures, et présentent un degré d'atteinte aux investissements étrangers variable. Si, depuis le début de la crise sanitaire, la norme est devenue la distanciation sociale afin d'éviter les flux de personnes et la circulation du virus, les exigences liées à celle-ci (*port du masque, limitation du nombre de personnes dans un commerce, respect des distanciations dans les espaces clos*) peuvent vraisemblablement être considérées comme proportionnées et raisonnables par rapport à leur objectif. Pour les autres mesures plus intrusives, rien n'est moins sûr.

**La mesure la plus violente est bien entendu le confinement (notamment dans sa première version) qui a entraîné la paralysie de la plupart des secteurs économiques et industriels** (*avec certaines exceptions majeures comme le secteur de la distribution et autres secteurs de productions de biens essentiels, ou encore les secteurs dépendant d'entreprises privées bénéficiant de concessions de services publics, comme la collecte des déchets*).

Aujourd'hui encore, la fermeture des commerces en fonction de leur caractère "essentiel" ou "non essentiel" prolonge les atteintes causées lors du premier confinement. Les acteurs dont l'activité est jugée "non essentielle" se voient interdits d'ouverture, ce qui peut s'avérer en toute logique avoir des incidences désastreuses sur leur activité qui se retrouve verrouillée.

**À la fermeture temporaire de certains commerces ont pu s'ajouter, selon les États, des mesures de toutes sortes, mais qui caractérisent une intrusion de la puissance publique dans la gestion des entreprises privées.**

Ainsi certains biens dont le besoin était urgent ont pu faire l'objet de restrictions à l'exportation (*masques, respirateurs, nourriture,...*) ce qui a pu réduire le champ d'activité de certaines entreprises. L'Italie a notamment interdit l'exportation de respirateurs, masques ou lunettes de protection, sans autorisation spéciale (5) ; la France a quant à elle réquisitionné le 5 mars 2020 un stock de 4 millions de masques à une entreprise suédoise (6) ; l'Italie envisage encore de nationaliser l'entreprise Alitalia (7) ; les États-Unis, eux, ont contraint certaines grandes sociétés à produire des ventilateurs et des masques (notamment General Motors, General Electric, Philip Morris, etc. (8)), ce qui constitue la réorientation, imposée par l'État, de la chaîne de production d'une entreprise privée.

L'octroi de délais de paiement, sur décision étatique, au profit des débiteurs en difficultés, concernant certains domaines bien identifiés, a aussi pu entraîner une diminution des revenus de certaines entreprises. Tout comme la fermeture des frontières, la diminution des importations et l'anéantissement du tourisme.

**Toutes ces mesures pourraient justifier, a priori, une compensation pour les entreprises concernées et pour les investisseurs étrangers qui estimeraient avoir subi un préjudice.**

.....

5. "Rome saisit du matériel respiratoire en partance vers la Grèce", Le Figaro, 24 mars 2020

6. Gylðen, Axel "Guerre des masques entre la Suède et la France", L'express, 1er avril 2020

7. Gautheret, Jérôme, "L'État italien va reprendre les commandes de la compagnie Alitalia", Le Monde, 18 mars 2020

8. Dzhanova, Yelena, "Coronavirus : Trump used defense production act on these companies so far", CNBC, 3 avril 2020

Quelles qu'elles soient, les mesures opérant une différence de traitement entre les acteurs privés doivent être justifiées et être appréciées à la lumière du droit international de l'investissement.

Si de telles mesures ne sont pas sans porter atteinte aux investisseurs étrangers, celles-ci peuvent néanmoins ne pas donner lieu à compensation, sous couvert du respect de certaines conditions énoncées notamment dans le Projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité des États de 2001.

Premièrement, les États peuvent prendre des mesures si elles ne sont pas adoptées de façon arbitraire, ce qui suppose la capacité de justifier le choix opéré et sans doute le nécessaire respect d'une certaine latitude laissée aux entreprises pour l'anticiper. Ensuite, ces mesures ne doivent pas être discriminatoires, ce qui pourrait être le cas de mesures ne visant que des entreprises étrangères.

Enfin, elles ne doivent pas être disproportionnées par rapport au but poursuivi. La transparence quant au respect de ces conditions est primordiale, c'est d'ailleurs pourquoi le contexte et les informations relatives à l'adoption de ces mesures se révèlent être des facteurs supplémentaires dans l'appréciation du respect des conditions précitées.

Si la priorité reste la lutte contre le virus, il n'en demeure pas moins que les États prennent d'ores et déjà des mesures afin de limiter les retombées économiques néfastes. C'est en ce sens que certaines entreprises nationales se voient bénéficier d'aides d'État afin de pouvoir disposer de liquidités suffisantes dans la gestion de leur affaire. Ces aides, qui peuvent prendre la forme de subventions ou d'autres formes plus subtiles, étant accordées à des secteurs et entreprises particuliers, les États devront nécessairement démontrer en quoi cette différenciation est justifiée, ou bien les entreprises laissées pour compte risqueraient de considérer ces pratiques comme étant discriminatoires, a fortiori si elles laissent de côté les entreprises détenues par des capitaux étrangers.

(Il est à noter que certains États créent également des restrictions quant aux acquisitions étrangères de participations dans des entreprises en difficulté de secteurs critiques en instaurant des règles de filtrage des investissements étrangers plus strictes. En ce sens, la Commission européenne a publié des lignes directrices sur le filtrage des investissements étrangers, ayant pour but de préserver les entreprises de l'Union européenne, dans des secteurs stratégiques tels que la santé, la biotechnologie, et la recherche médicale (9).

Un tel "filtrage" pourrait entrer dans le champ d'application de l'arbitrage d'investissement si les TBI prévoient l'application du principe de traitement national dès la phase d'admission des investissements étrangers.

La multiplication de ces mesures qui peuvent sembler injustifiées et discriminatoires a éveillé la méfiance des investisseurs étrangers, qui pourraient être tentés, comme le leur proposent certains cabinets d'avocats, d'intenter un recours devant les tribunaux arbitraux afin d'obtenir réparation. Mais alors que les États luttent contre la pandémie et cherchent à reconstruire leurs économies, de tels recours en nombre à l'arbitrage risquent d'entraîner pour eux un fardeau financier supplémentaire, à même de saper un peu plus la confiance déjà précaire que les États et leurs citoyens placent dans l'arbitrage international d'investissement.

### III. Les fondements des investisseurs et la défense des États

**Toute l'analyse portant sur les solutions adoptées par les États dans ce contexte de crise sanitaire trouve son intérêt dans le fait de savoir comment l'adoption de certaines mesures pourrait mettre les États dans l'obligation d'indemniser les investisseurs étrangers en vertu du droit international de l'investissement.**

.....

9. Règlement UE 2019/452 établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union européenne

En effet, certaines multinationales s'estimant lésées face aux mesures prises par les États pourraient se tourner vers les tribunaux arbitraux car en dépit de leur légitimité quasiment incontestée (*du moins au printemps*), ces mesures peuvent avoir, on l'a dit, un impact négatif sur les entreprises en réduisant leur rentabilité, en retardant les opérations, en empêchant la liquidation des stocks ou en les excluant des avantages gouvernementaux. Les investisseurs étrangers ont donc la possibilité de contester les mesures imposées par les États et d'engager leur responsabilité en s'appuyant sur la violation des traités bilatéraux qui imposent des obligations aux États en ce qui concerne les investissements étrangers (*classiquement l'obligation de verser une compensation rapide, juste et adéquate en cas d'expropriation d'investisseurs étrangers, de s'abstenir de toute mesure arbitraire, etc.*) mais aussi les normes internationales de façon plus large.

**D'ores et déjà les cabinets spécialisés en arbitrage international ont déployé sur leurs pages internet des articles sur le sujet, présentant à leurs clients les possibilités que qui leur sont offertes en ces temps troublés.**

Il ne s'agit pas de porter, comme le font les articles de presse ou la plupart des ONG, un jugement hâtif sur ces éventuelles actions à venir qui seraient vues comme une façon pour les multinationales (et leurs avocats) de tirer profit d'une situation éprouvante et inédite pour l'ensemble des acteurs. Au contraire, il s'agit de comprendre quels arguments les investisseurs étrangers pourraient utiliser, légitimement, au soutien de leurs actions, qui ne seront utilisables que dans la mesure où les actions des États précédemment évoquées auront pu porter de véritables atteintes à leurs droits, contrairement aux engagements internationaux souscrits par les États eux-mêmes, dans l'exercice de leur souveraineté.

**En parallèle, il s'agit évidemment de voir quels arguments les États pourraient à leur tour opposer à ces actions en indemnisation, tirés de la nécessité littéralement vitale des mesures prises.**

Quelque part entre les intérêts divergents des États et des investisseurs étrangers un équilibre doit pouvoir se dessiner, qui bénéficierait d'une légitimité juridique et qui, correctement expliqué, pourrait bénéficier d'une certaine acceptation politique.

La grande majorité de l'argumentaire des investisseurs étrangers afin d'obtenir réparation des États pourrait se fonder sur la violation des conditions posées par la Commission du droit international à savoir, le caractère proportionné, l'absence d'arbitraire et de caractère discriminatoire des mesures étatiques.

En effet, l'adoption de mesures arbitraires, discriminatoires ou disproportionnées, visant de manière déguisée - ou non - les investisseurs étrangers est incompatible avec le droit international coutumier. En ce sens, le caractère discriminatoire pourrait être invoqué par les investisseurs étrangers pour ce qui concerne les aides d'État accordées dans certains secteurs aux seules entreprises nationales, mais aussi pour les mesures autorisant certains commerces à poursuivre leur activité quand eux ne le peuvent plus en vertu du caractère "non essentiel" de leur activité. Les investisseurs étrangers pourraient aussi affirmer que certaines mesures d'urgence de santé publique ont été mises en œuvre de manière injuste ou brutale et ont eu un effet disproportionné sur leurs intérêts.

Enfin, les investisseurs étrangers pourraient s'appuyer sur le droit international coutumier et les dispositions des traités d'investissement interdisant l'expropriation ou l'appropriation des ressources privées (*comme les établissements de santé*) sans compensation. En ce qui concerne les moyens de défense des États, il est important de souligner que les circonstances spécifiques dans lesquelles les mesures étatiques sont mises en œuvre, et l'objectif poursuivi par celles-ci jouent un rôle clé pour déterminer si elles constituent ou non une violation du droit international de l'investissement.

**De plus, même si un investisseur étranger réussit à prouver la violation par un État d'un traité de protection de l'investissement, ce dernier ne se verrait pas automatiquement condamné à réparation car les États disposent d'une série d'exceptions de défense issues du droit international coutumier qui offre une certaine latitude aux États dans l'exercice de leurs prérogatives en situation d'urgence**

Les textes relatifs à la responsabilité des États de la Commission du droit international posent ainsi deux hypothèses qui permettent aux États d'échapper à l'engagement de leur responsabilité.

D'une part, ils peuvent invoquer **l'état de nécessité** (article 25) qui permet à un État qui enfreint ses obligations internationales de ne pas engager sa responsabilité si la mesure adoptée est le seul moyen de sauvegarder un intérêt essentiel de l'État contre un péril grave et imminent (10) . L'Argentine avait d'ailleurs invoqué l'exception de nécessité dans une série d'arbitrages (11) en lien avec des mesures économiques strictes prises pour faire face à une crise économique au début des années 2000, mais le TBI Etats-Unis Argentine prévoyait une clause d'état de nécessité, ce qui n'est pas le cas dans tous les TBI... (12)

D'autre part, les Etats peuvent invoquer la détresse ou **la force majeure** qui permet de justifier les mesures adoptées pour faire face à une menace vitale, à condition qu'il n'y ait pas d'autre moyen raisonnable d'y faire face.

Un acte ou une réglementation adoptée dans le cadre de l'état de nécessité ou de la force majeure ne pourra être considéré comme illicite, il s'agit de droit international coutumier.

Néanmoins, les conditions de ces exceptions de défense sont exigeantes et il n'est pas exclu que des recours portés par des investisseurs étrangers puissent tout de même prospérer.

.....

10. Commission du droit international, Responsabilité de l'État pour fait international illicite (projet d'articles), art. 25

11. V. notamment : CMS Gaz c. Argentine (ARB/01/8), sentence ad hoc du 12 mai 2005

12. "Covid-19 & International investment Protection / Shearman & Sterling", Shearman.com

Enfin, il est important de souligner que certains traités, comme l'Accord de libre-échange Chine-Australie (2015), prévoient expressément que les mesures qui ne sont pas discriminatoires et qui sont adoptées afin de protéger la santé publique ne peuvent pas faire l'objet d'une réclamation au titre d'un traité d'investissement (13) . Ce dernier point traduit une tendance dans la pratique conventionnelle récente, qui consiste à préciser les motifs pour lesquels l'intervention des États dans la sphère économique privée peut être justifiée, afin d'apporter plus de sécurité juridique, et plus de prévisibilité pour les États et afin de leur offrir une plus grande liberté normative. C'est notamment le cas du modèle de TBI canadien, qui prévoit en son article 18 une série d'exceptions générales, permettant à l'État canadien d'adopter une mesure nécessaire "à la protection de la santé ou de la vie des personnes ou des animaux, ou à la préservation des végétaux" sans que cette mesure puisse donner lieu à une action en réparation, tant qu'elle n'est pas discriminatoire ou ne constitue pas une "restriction déguisée au commerce international". (14)

De telles précisions offrent bien plus de garanties pour l'État quant à sa capacité à agir dans l'intérêt général sans avoir à craindre par la suite un arbitrage qui lui soit défavorable. Nul doute que pour les relations d'investissement relevant d'un tel TBI, l'action d'un investisseur étranger contre une mesure prise durant la crise du Covid a nettement moins de chance de prospérer qu'une action fondée sur un TBI qui ne prévoirait pas de telles exceptions.

En effet, en l'absence de précisions de cette nature, lorsque les justifications que l'État peut avancer pour se défendre d'une action en réparation sont floues et imprécises, il revient aux tribunaux arbitraux d'apprécier la portée de la justification et de trouver l'équilibre entre les intérêts en présence.

Or, l'absence de jurisprudence arbitrale unifiée entraîne classiquement une grande imprévisibilité quant à l'issue des litiges.

.....

13. "ChAFTA", article 9:8-General Exceptions, dfat.gov.au

14. Modèle de TBI du Canada, 2014, italaw.com

Certains tribunaux arbitraux, appliquant la fameuse doctrine des « police powers », ont à cœur de prendre en compte l'objectif poursuivi par la mesure litigieuse et la nécessité de cette mesure afin d'en établir l'éventuelle licéité, même si elle porte une atteinte - proportionnée - à l'investissement étranger. Dans la pratique arbitrale cette doctrine est appliquée avec plus ou moins de « générosité » et certains tribunaux arbitraux décident qu'une mesure étatique - prise de bonne foi - ne peut pas être illicite dès lors qu'elle sert un intérêt général légitime, comme la santé justement, ou la protection de l'environnement, et ce quelle que soit l'intensité de l'impact sur l'investisseur étranger. C'est le raisonnement retenu dans le cadre de l'affaire Philip Morris c. Uruguay du 8 juillet 2016. (15)

A l'opposé certains tribunaux arbitraux refusent catégoriquement de prendre en compte l'objectif poursuivi par la mesure, aussi légitime soit-il, mais ne regardent que l'effet de la mesure sur l'investissement étranger. On parle alors de la doctrine du « *sole effect* » qui s'intéresse uniquement à l'appréciation du préjudice de l'investisseur, sans chercher à le mettre en balance avec la légitimité de la mesure dans le cadre d'une politique publique nécessaire.

Cette approche ne semble plus guère adaptée au droit international de l'investissement contemporain, qui, pour préserver sa légitimité au regard des États comme au regard de leurs populations, doit trouver un équilibre entre l'intérêt général et l'intérêt privé.

**D'autres tribunaux, dans une approche plus modérée, qui semble plus équilibrée, mettent en balance d'une part l'intérêt poursuivi par la mesure, sa nécessité, et d'autre part le préjudice causé à l'investisseur. Ils apprécient alors la proportionnalité de la mesure, et s'assurent que l'Etat ait pris la mesure la moins défavorable à l'investisseur dans le cadre de l'objectif poursuivi (16) . Cela se rapproche du raisonnement retenu par l'Organe de règlement des différends (ORD) dans l'appréciation de l'article XX du GATT.**

.....

15. CIRDI n°ARB/10/7, sentence du 8 juillet 2016

16. Ainsi, par exemple, des sentences CIRDI n°ARB (AF)/00/2, 29 mai 2003, Tecmed c/Mexique, considérant 122 ; CIRDI n°ARB/05/20, 11 décembre 2013, Micula c/ Roumanie, considérant 300

Ces critères de proportionnalité, de nécessité et de légitimité nous semblent fournir une grille d'appréciation à même de maintenir cet équilibre entre des intérêts potentiellement contradictoires, sans donner l'impression que le droit international de l'investissement soit toujours au service de l'intérêt privé face à l'intérêt général voire contre l'intérêt général. Dans le contentieux post-Covid, une telle approche permettra aux tribunaux d'exiger une réparation pour les atteintes les plus disproportionnées, ou qui n'auraient manifestement pas respecté les conditions élémentaires posées par le droit international et notamment par le TBI, sans que ces violations soient justifiées par l'urgence et la nécessité des mesures. Ainsi la condamnation de certains Etats, pour certaines atteintes, n'est pas exclue par principe, ce qui permet de conserver une garantie pour les droits des investisseurs étrangers, mais sera difficile à obtenir si l'Etat n'a pas agi de manière disproportionnée et manifestement contraire au droit international (*expropriation sans indemnité, brutalité, discrimination injustifiée, restriction déguisée au commerce international,...*).

*Pour finir, on observe donc que si le droit international de l'investissement est nécessairement un frein à la liberté normative des Etats - c'est même son objectif premier - il tend, devant la crise de légitimité à laquelle il fait face, à développer des outils permettant un meilleur équilibre entre la liberté de réglementer au profit de l'intérêt général et la protection des droits de l'investisseur étranger.*

Cet équilibre sera particulièrement difficile à maintenir dans la crise actuelle, face aux actions prévisibles à venir, mais devra impérativement être trouvé par les arbitres, il en va de la légitimité du mécanisme de l'arbitrage d'investissement, non seulement aux yeux des Etats, mais aussi aux yeux des investisseurs qui ne doivent pas perdre confiance dans ce mécanisme si essentiel au libre-échange et à la libre circulation des capitaux. Il en va également de sa légitimité aux yeux des citoyens qui, bien entendu, risquent d'avoir du mal à comprendre que puissent être octroyés des montants colossaux à des entreprises étrangères pour des mesures adoptées par les États dans le but de protéger leur santé.

Sur ce dernier point, seul un travail de pédagogie et de transparence pourrait aider à faire accepter dans son principe le mécanisme de l'arbitrage d'investissement par la majorité de la population. L'ambition de cet article était d'y apporter sa part.



## Bibliographie

### Ouvrages

- Rivier, Raphaële, *Droit international public*, Paris, PUF, 2017
- Ascensio, Hervé, *Droit international économique*, Paris, PUF, 2020
- De Nanteuil, Arnaud, *Droit international de l'investissement*, Paris, Editions A. Pedone, 2020

### Traités, résolutions et règlements cités

- Assemblée générale des Nations Unies, Résolution 1803 (XVII) en date du 14 septembre 1962 "Souveraineté permanente des ressources naturelles"
- Commission du droit international, Projet d'articles sur la Responsabilité de l'État pour fait international illicite
- *China-Australia Free-Trade Agreement (ChAfta)* ou Accord de libre échange entre la Chine et l'Australie, signé le 17 juin 2015 et entré en vigueur le 20 décembre 2015
- *Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)* ou Accord économique et commercial global (AECG), conclu entre le Canada et l'Union européenne, signé le 30 octobre 2016
- *North American Free Trade Agreement (NAFTA)* ou Accord de libre échange nord américain (ALENA), conclu entre les États Unis, le Canada et le Mexique, signé le 17 septembre 1992 ; remplacé par le *United States-Mexico-Canada Agreement USMCA* ou Accord Canada-États-Unis-Mexique (ACEUM), signé le 30 novembre 2018, entré en vigueur le 1er juillet 2020
- Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé le 13 décembre 2007
- Règlement UE 2019/452 Établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union, applicable depuis le 11 octobre 2020

### Sentences citées

- Philip Morris c/ Uruguay, (ARB10/7), sentence CIRDI du 8 juillet 2016
- CMS Gaz c. Argentine (ARB/01/8), sentence ad hoc du 12 mai 2005
- Tecmed c/ Mexique, (ARB (AF)/00/2), sentence CIRDI du 29 mai 2003
- Micula c/ Roumanie, (ARB 05/20), sentence CIRDI du 11 décembre 2013

### Articles

- Tépot, Mathias : "les multinationales envisagent de poursuivre les États pour leurs pertes liées au Covid 19", Marianne, 21 août 2020
- Rouleau, Eric "la nationalisation du Canal de Suez a marqué un tournant dans les rapports entre l'Égypte et l'Occident", Le Monde diplomatique, juin 1966
- "Covid 19 : les principales mesures prises en Europe", Forbes, 18 mars 2020
- Guitton, Marie "Filtrage des investissements étrangers : à quoi sert le système d'alerte de l'UE ?", Toute l'Europe, 10 avril 2019
- Millàn, Luis "COVID 19 and the risk of foreign investor challenges", The National Magazine, Canadian Bar association, 9 septembre 2020

### Sites internet

- "Covid 19 & International Investment Protection / Shearman & Sterling", Shearman.com
- "Covid 19 : 10 actions de l'UE pour soutenir la relance économique, Europarl. Europa
- CIRDI : Base de données relatives aux traités d'investissement



## Contacts



### **Ecole de droit, Université Paris I Panthéon Sorbonne**

Adresse : 12, place du Panthéon, 75231 Paris cedex 05

Téléphone : 01 44 07 80 00



### **Master II Opérations et fiscalité internationales des sociétés**

Adresse Email : ofismaster2@gmail.com

Linkedin : Master 2 Opérations et Fiscalité Internationales des Sociétés



### **Léo Lemaire, rédacteur**

Adresse Email : leolemaire@hotmail.fr

Linkedin : Léo Lemaire

<https://www.linkedin.com/in/l%C3%A9o-lemaire-24933b1a2/>



### **Mélissa Mongonge, rédactrice**

Adresse Email :

Linkedin : Mélissa Mongonge

<https://www.linkedin.com/in/m%C3%A9lissa-mongonge-02869319b/>