

Université de Montréal

**L'INCIDENCE DE L'ARBITRAGE INVESTISSEUR-ÉTAT SUR L'ACTION ÉTATIQUE
EN PÉRIODE DE CRISE SANITAIRE : DILEMME ENTRE PROTECTION DE
L'INVESTISSEMENT ÉTRANGER ET INTÉRÊT GÉNÉRAL**

Par

Louis-Arnaud FUNGA LOMATA

Faculté de droit

Mémoire présenté à la faculté de droit en vue de l'obtention du grade de maîtrise
(LL.M.)

Option : droit international

Août 2022

© Louis-Arnaud FUNGA, 2022

Université de Montréal

Faculté de droit

Ce mémoire est intitulé

L'incidence de l'arbitrage investisseur-État sur l'action étatique en période de crise sanitaire : Dilemme entre protection de l'investissement étranger et intérêt général

Présenté par

Louis-Arnaud FUNGA LOMATA

A été évalué(e) par un jury composé des personnes suivantes

Hervé Prince AGBODJAN

Président

Lukas VANHONNAEKER

Directeur de recherche

Konstantia KOUTOUKI

Membre du jury

Résumé

Bien qu'elles soient nécessaires et d'intérêt public, les mesures mises en place par les États pour faire face à la pandémie de Covid-19 peuvent être remises en cause par les investisseurs étrangers, alléguant qu'elles violent leurs droits protégés par les accords internationaux d'investissement, occasionnant ainsi un risque sans précédent d'arbitrages en matière d'investissement découlant de plus de 3.300 traités conclus dans le monde en la matière.

La présente étude a pour objectif d'examiner l'incidence de l'arbitrage Investisseur-État sur l'action étatique en période de crise sanitaire. Concrètement, nous allons analyser les réclamations potentielles qui pourraient être portées par les investisseurs étrangers contre les États pour des mesures prises en vue de faire face à la crise sanitaire, ainsi que les défenses que les États pourraient opposer à ces réclamations. Il s'agira de voir s'il existe dans les accords internationaux d'investissement ou en droit international coutumier des exceptions ou défenses permettant aux États de prendre des mesures de sauvegarde dans l'intérêt général en période de crise sans engager leur responsabilité.

Mots-clés : Covid-19, Accords internationaux d'investissement, Intérêt général, Arbitrage Investisseur-État, État de nécessité, Force majeure.

Abstract

Although necessary and in the public interest, state responses to the Covid-19 pandemic can be challenged by foreign investors as violating their rights under international investment agreements, creating an unprecedented risk of investment arbitration arising from the more than 3,300 investment treaties in force worldwide.

The objective of this study is to examine the impact of investor-state arbitration on state action in times of health crises. Specifically, we will analyse the potential claims that could be brought by foreign investors against states for actions taken in response to the health crisis, as well as the defences that states could raise against such claims. The aim will be to see whether there are any exceptions or defences in international investment agreements or customary international law that allow states to take safeguard measures in the public interest during a crisis without incurring liability.

Keywords: *Covid-19, International Investment Agreements, General Interest, Investor-State Arbitration, State of necessity, Force majeure.*

Table des matières

RÉSUMÉ	I
ABSTRACT	II
TABLE DES MATIÈRES.....	III
LISTE DE SIGLES ET ABRÉVIATIONS.....	VI
REMERCIEMENTS	VIII
INTRODUCTION	1
PARTIE I.....	11
PARTICULARITÉS DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS.....	11
CHAPITRE I. HISTORIQUE ET ÉVOLUTION DES SOURCES DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS.....	12
<i>Section 1. Définition de l'investissement au sens des traités en matière d'investissement</i>	<i>14</i>
<i>Section 2. Absence de définition conventionnelle de la notion d'investissement dans la convention de Washington du 18 mars 1965 instituant le CIRDI</i>	<i>16</i>
§1. Les raisons de l'omission.....	16
§2. L'approche objective	19
§3. L'approche subjective	20
<i>Section 3. Sources du droit international des investissements</i>	<i>20</i>
§ 1. La problématique des sources du droit international des investissements... 20	
§ 2. Les sources principales du droit international des investissements : les TBI et chapitres d'investissements dans les ALE	23
§ 3. L'absence d'un cadre multilatéral de portée universelle et globale	24
§ 4. La place de la jurisprudence arbitrale	28
CHAPITRE 2. ANALYSE DU CONTENU DES TRAITES EN MATIÈRE D'INVESTISSEMENT	31
<i>Section 1. Les règles substantielles de protection des investissements étrangers : les standards de traitement</i>	<i>31</i>

§1. Le standard de traitement national	36
§2. La clause de la nation la plus favorisée	38
§3. Le standard de traitement juste et équitable	43
§4. La protection contre l'expropriation et la nationalisation	52
Section 2. <i>Les exceptions aux accords internationaux d'investissement</i>	54
§ 1. Les exceptions générales	56
§ 2. Les exceptions spécifiques	60
PARTIE II	65
INCIDENCE DE L'ARBITRAGE INVESTISSEUR-ÉTAT SUR L'ACTION ÉTATIQUE EN PÉRIODE DE CRISE SANITAIRE COVID-19	65
CHAPITRE I. IDENTIFICATION DES MESURES ÉTATIQUES PRISES POUR LUTTER CONTRE LA PANDÉMIE COVID-19 ET FONDEMENTS POTENTIELS DES RÉCLAMATIONS DES INVESTISSEURS ÉTRANGERS	66
Section 1. <i>Mesures réglementaires des États affectant les investisseurs étrangers pendant la pandémie</i>	66
Section 2. <i>Fondements potentiels des réclamations des investisseurs étrangers</i> ..	67
§ 1. L'expropriation	68
§ 2. Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée.....	81
§3. Traitement juste et équitable.....	82
CHAPITRE 2. LES MOYENS DE DÉFENSE DES ÉTATS FACE AUX RÉCLAMATIONS DES INVESTISSEURS ÉTRANGERS EN PÉRIODE DE COVID-19	91
Section 1. <i>Les exceptions prévues aux traités en matière d'investissements comme moyen de défense des États justifiant les mesures Covid-19</i>	92
Section 2. <i>Les moyens de défense en vertu du droit international coutumier</i>	97
§ 1. La force majeure	98
§ 2. La détresse	103
Section 2. <i>Présentation théorique de l'état de nécessité et analyse de la défense de nécessité dans la jurisprudence de la CIRDI liée à la crise argentine</i>	106
§1. Présentation théorique de l'état de nécessité	106

§2. La défense de nécessité au regard de la jurisprudence de la CIRDI liée à la crise d'Argentine	112
CONCLUSION	136
RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES.....	139

Liste de sigles et abréviations

ACEUM	: Accord Canada–États-Unis–Mexique
AECG	: Accord économique et commercial global
ALE	: Accord de libre-échange
AGCS	: Accord général sur le commerce des services
AI	: Accord international d’investissement
AMI	: Accord multilatéral sur l’investissement
CCLAT	: Convention cadre pour la lutte antitabac
CDI	: Commission du droit international
CIJ	: Cour internationale de justice
CIRDI	: Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CNUDCI	: Commission des Nations unies pour le droit commercial international
IDE	: Investissement direct étranger
GATT	: General Agreement on Tariffs and Trade
OCDE	: Organisation pour la coopération et le développement économique
OMS	: Organisation mondiale de la santé
OPS	: Organisation panaméricaine de la santé
RSI	: Règlement sanitaire international
TBI	: Traité bilatéral d’investissement
TJE	: Traitement juste et équitable
UNCITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law

*À mon père Évariste-Prince FUNGA MOLIMA MWATA,
À ma mère Élisée LUFE MOTEMA IZEY.*

Remerciements

Je tiens sincèrement à exprimer ma reconnaissance au Professeur Lukas VANHONNAEKER qui a accepté de diriger ce mémoire, et a accordé à mes efforts une attention bienveillante, en me traçant la marche à suivre. Ses remarques éclairées m'ont ainsi permis de dissiper mes errances.

Cette recherche porte la marque de ses conseils formateurs et de sa confiance stimulante que j'ai vécus comme autant d'encouragements à l'autonomie.

INTRODUCTION

Le 11 mars 2020, l'Organisation mondiale de la santé (OMS) a annoncé que l'épidémie de Covid-19 pouvait être qualifiée de pandémie¹. Elle constitue une urgence de santé publique de portée internationale, ce qui, selon le Règlement sanitaire international de 2005, est un « événement extraordinaire » qui, comme le détermine l'OMS, « constitue un risque pour la santé publique dans d'autres États en raison du risque de propagation internationale de maladies, et peut requérir une action internationale coordonnée ». C'est une crise sanitaire sans précédent par son ampleur, sa durée et son caractère mondial².

Des nombreux États ont mis en place des mesures pour enrayer la pandémie, sauver des vies, protéger les emplois, lutter contre la crise économique et veiller à ce que les besoins fondamentaux des populations soient couverts³. L'ampleur de ces mesures est sans précédent dans les temps modernes et personne ne remet en question le fait qu'elles étaient nécessaires⁴. De telles mesures ont eu un impact négatif important sur le commerce et les investissements internationaux⁵. Les dernières estimations de la Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (CNUCED),

¹ Organisation mondiale de la santé, « Allocution liminaire du directeur général de l'OMS lors du point presse sur la Covid-19 - 11 mars 2020 » (11 mars 2020), en ligne : <<https://www.who.int/fr/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>>.

² « Par son ampleur : au 24 avril 2020, près de trois millions de personnes ont été contaminées, pour plus de 195.000 décès à travers le monde ; par sa durée : la crise n'en est qu'à ses débuts dans la plupart des régions du monde. En Asie, la crise a démarré à la fin décembre. Après trois mois de confinement drastique, le pic de nouveaux cas semble dépassé, avant d'engager une diminution. Fin mars, l'Europe et les États-Unis sont devenus l'épicentre de l'épidémie, alors que l'Amérique du Sud et l'Afrique commencent à connaître une accélération des cas avérés. De plus, la probabilité et l'ampleur de prochaines vagues à l'échelle mondiale demeurent incertaines ; Par son caractère mondial : progressivement, la crise se propage d'est en ouest et de nouvelles régions et pays reportent de nouveaux cas, portant le nombre total de pays impactés à plus de 200 ». FCCQ et Roland BERGER, *L'après COVID-19 : Préparer la sortie de crise et anticiper les nouveaux paradigmes*, Montréal, Fédération des chambres de commerce du Québec, 2020, p. 6, en ligne : <https://www1.fccq.ca/wp-content/uploads/2020/04/Apres_Covid_RB_FCCQ.pdf>.

³ « Policy responses to Covid-19 », *International Monetary Fund* (2 juillet 2021), en ligne : <<https://www.imf.org/en/Topics/imf-and-covid19/Policy-Responses-to-Covid-19>>.

⁴ Réseau québécois sur l'intégration continentale (RQIC), « Lettre ouverte sur la covid-19 et le RDIE adressée au gouvernement du Canada », *Central des syndicats démocratiques (CSD)*, en ligne : <<https://www.csd.qc.ca/actualite/lettre-ouverte-sur-la-covid-19-et-le-rdie-adressee-au-gouvernement-du-canada/>>.

⁵ UNCTAD (dir.), *International production beyond the pandemic*, 30th anniversary edition, coll. World investment report, n°2020, Geneva New York, United Nations, 2020, p. 81.

prévoient « une chute spectaculaire de 30 à 50 % des flux d'investissements directs étrangers (IDE) dans le monde pour 2021. Un retour de l'IDE à la tendance normale qu'il suivait avant la pandémie était possible en 2022, mais uniquement selon les prévisions les plus optimistes »⁶.

La pandémie Covid-19 et les réponses réglementaires adoptées par les États ont conduit de nombreuses personnes à affirmer que les investisseurs étrangers pourraient poursuivre les États en utilisant le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) prévu sous diverses formes dans la plupart des traités bilatéraux d'investissement (TBI), ainsi que les nombreux accords de libre-échange (ALE)⁷. En effet, bien qu'elles soient nécessaires et d'intérêt public, les mesures mises en place par les États pour faire face à la pandémie Covid-19 peuvent être remises en cause par les investisseurs étrangers, alléguant qu'elles violent leurs droits protégés par les accords internationaux d'investissement (AII), occasionnant ainsi un risque sans précédent d'arbitrages en matière d'investissements découlant de plus de 3.300 traités en matière d'investissements conclus dans le monde⁸.

En dépit des disparités ou dissemblances rédactionnelles en fonction des époques et des États, il existe une certaine proximité, mieux une certaine homogénéité au sein des traités internationaux d'investissement. Ils se rejoignent dans leur immense majorité sur les règles fondamentales⁹. On retrouve avec constance dans ces traités un noyau de règles substantielles de protection de l'investissement dont les investisseurs étrangers sont en droit de se prévaloir, à savoir le traitement juste et équitable, la sécurité pleine et entière de l'investissement, le traitement national, la clause de la nation la plus favorisée,

⁶ CNUCED (dir.), *Production internationale à l'issue de la pandémie: repère et vue d'ensemble*, 30^e éd., coll. Rapport sur l'investissement dans le monde, n°2020, Genève, CNUCED - Nations Unies, 2020, p. 12, en ligne : <https://unctad.org/system/files/official-document/wir2020_overview_fr.pdf>.

⁷ Mathilde DUPRÉ, « Covid 19 : les professionnels anticipent une hausse des plaintes d'investisseurs contre les Etats », *Institut Veblen pour les réformes économiques* (28 avril 2020), en ligne : <<https://www.veblen-institute.org/Covid-19-les-professionnels-anticipent-une-hausse-des-plaintes-d-investisseurs.html>>; RÉSEAU QUÉBÉCOIS SUR L'INTÉGRATION CONTINENTALE (RQIC), préc., note 4; Nathalie BERNASCONI-OSTERWALDER, Sarah BREWIN et Nyaguthii MAINA, « Se protéger contre les requêtes d'arbitrage investisseurs-États face à la crise du Covid-19 : Un appel à l'action destiné aux gouvernements », 11, 1.

⁸ CNUCED (dir.), préc., note 6, p. 23.

⁹ Stéphane BONOMO, *Les traités bilatéraux relatifs aux investissements: entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté des États*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2012, p. 18.

la protection contre l'expropriation ou la nationalisation, la garantie de libre transfert¹⁰. Ces règles sont aujourd'hui des dispositions centrales, voire incontournables de ces traités¹¹. Outre ces règles substantielles, la grande majorité des traités internationaux d'investissement comporte une disposition relative au mécanisme RDIE qui permet aux investisseurs étrangers de poursuivre directement l'État hôte devant un tribunal arbitral international, pour violation des règles conventionnelles substantielles protégeant leurs investissements¹². Comme nous allons le voir, les mesures étatiques prises dans le contexte de la pandémie de Covid-19 pourraient être susceptibles de violer chacune des règles substantielles sus-évoquées.

Le régime extrêmement protecteur des investissements étrangers fut pendant longtemps justifié par le contexte historique et politique de l'après-décolonisation¹³. Le TBI fut initialement conçu pour promouvoir l'investissement et protéger les investisseurs des pays développés pour leurs activités dans les pays en voie de développement, souvent sujet à une instabilité politique, à une justice défailante, ou un gouvernement peu respectueux de l'État de droit. Toutefois, dans le contexte actuel des choses avec l'essor de la mondialisation, la levée des barrières commerciales et l'interdépendance croissante des nations entre elles, un nouvel ordre économique libéral mondial est né¹⁴. Le clivage Nord - Sud s'est peu à peu estompé, et les TBI ne sont plus seulement conclus entre pays développés et pays moins développés, mais se sont généralisés¹⁵.

Par ailleurs, la possibilité offerte par les traités aux investisseurs de poursuivre les États est de plus en plus controversée et place le mécanisme RDIE sous le feu de virulentes critiques. Certains États ont estimé que « les investisseurs ont acquis beaucoup trop de pouvoirs à travers ce mécanisme qui, plutôt que de rééquilibrer la

¹⁰ *Id.*

¹¹ *Id.*

¹² BONOMO, S., préc., note 9.

¹³ SAÏDA, E.B., « L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements. », (2005) 51 *Annuaire français de droit international*, 543, en ligne : <https://www.persee.fr/doc/AsPDF/afdi_0066-3085_2005_num_51_1_3897.pdf>.

¹⁴ SAOURID, S., « Le conflit entre le pouvoir normatif de l'Etat et la protection des investisseurs étrangers dans l'arbitrage transnational », 1.

¹⁵ *Id.*

balance, l'a fait pencher en faveur des intérêts économiques privés »¹⁶. En d'autres termes, ce mécanisme accorde de larges pouvoirs aux investisseurs étrangers et cela a pour conséquences de réduire la capacité ou la marge de manœuvre de l'État à élaborer des politiques et à légiférer sur leur territoire¹⁷. Dans le même ordre d'idées, il y a lieu de dire qu'en instituant ce droit pour les investisseurs étrangers, les traités d'investissement ont non seulement ouvert la voie à une multiplication des procédures, mais aussi contraint les États signataires de ces accords à se conformer aux normes conventionnelles (sous peine d'engager leur responsabilité internationale et de risquer, en définitive, d'être condamnés à payer des indemnités aux opérateurs étrangers lésés), et cela a pour conséquence de réduire la capacité de l'État à adopter des mesures dans l'intérêt public¹⁸.

Comme nous pouvons le voir, il y a une inquiétude raisonnable quant à la possibilité que les investisseurs remettent en cause la ligne de conduite des États en ce qui concerne les mesures liées à la santé pour arrêter la propagation du coronavirus¹⁹. Les crises produisent généralement des litiges. Lorsqu'un État fait face à une crise économique, politique ou sanitaire, sa législation nationale subit des changements constants. Dans de telles circonstances d'incertitude juridique, les investisseurs étrangers ont du mal à prendre des décisions commerciales adéquates, ce qui exerce une influence négative sur les entrées d'IDE dans le pays et expose l'État à des poursuites.

Par le passé, les mesures prises par les États en période de crise n'ont pas été à l'abri des RDIE²⁰. Il existe donc de nombreuses preuves sur la manière dont l'utilisation des RDIE lors des crises précédentes avait exposé les États à des procédures d'arbitrage international initiées par des investisseurs étrangers dans le cadre d'accords internationaux d'investissement (AII). À titre illustratif, l'Argentine a fait face à 62

¹⁶ FARCHAKH, M., *L'égalité d'armes dans le cadre de l'arbitrage Investisseur-État*, Mémoire Master 2 Recherche, Paris, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, 2015, p. 8.

¹⁷ DUFOUR, G., « L'impact du chapitre 11 de l'ALENA sur la Capacité de l'état d'adopter des mesures protégeant l'environnement et la santé publique : les travaux récents jettent un nouvel éclairage sur l'affaire Ethyl Corporation », *La revue du Barreau Canadien* 2011.90, 562.

¹⁸ BONOMO, S., préc., note 9, p. 21.

¹⁹ CORREA, C.M., SYAM, N. et URIBE, D., « Mise en oeuvre d'une dérogation ADPIC pour les technologies et produits de santé pour la COVID-19: prévenir les réclamations dans le cadre des accords de libre-échange et d'investissement », *South centre* 2021.135, 9.

²⁰ « Près de 25 % du nombre total d'affaires engagées depuis les 2000 concernaient des Etats confrontés à des graves crises économiques ou des États confrontés à une transition politique nécessitant des mesures sociales et politiques pour y remédier. » *Id.*

réclamations liées aux mesures économiques connues sous le nom de *corralito*²¹, lesquelles donnèrent lieu à une réclamation massive déposée par près de 60.000 obligataires contre les efforts de restructuration de la dette entrepris par ce pays²². De même, l'Égypte est devenue la quatrième nation la plus contestée au monde avec 17 affaires déposées après le printemps arabe en 2011²³. En dehors des périodes de crise, les mesures gouvernementales visant à protéger la santé publique ont également été remises en question dans l'affaire Philip Morris c. Uruguay²⁴.

En effet, la crise du Covid-19 ne pourra peut-être pas échapper aux problèmes auxquels les crises passées ont été confrontées, car toutes les crises qui se sont produites (la crise économique argentine, la crise économique mondiale de 2008 et le Printemps arabe) ont entraîné une série d'arbitrages contre des États²⁵.

Face à ce déséquilibre entre protection des investissements étrangers et l'intérêt étatique ou intérêt général, le droit international des investissements peine à fournir un ensemble cohérent de normes²⁶. Cela devient particulièrement évident en temps de crise, lorsque les États peuvent se retrouver piégés dans des positions où ils sont confrontés aux intérêts concurrents de leurs citoyens et de leurs investisseurs²⁷.

Par ailleurs, le langage réglementaire a évolué ces dernières années, les parties des traités tentant de trouver un équilibre entre les attentes des investisseurs étrangers et le désir des pays d'accueil de réglementer sans s'exposer à des poursuites²⁸. Cette évolution du régime des All se manifeste dans les accords conclus en 2019²⁹. Selon la

²¹ « Nom officieux donné aux mesures économiques prises en Argentine le 1^{er} décembre 2021, lors de la crise économique, par le ministre de l'économie Domingo Cavalio dans le but de mettre fin à une course à la liquidité et à la fuite des capitaux », notamment en gelant les avoirs bancaires, en interdisant tout retrait de comptes bancaires en dollars et en limitant fortement les retraits en monnaie locale, le *peso* (cf. <<https://fr.wikipedia.org/wiki/Corralito>>).

²² URIBE, D. et DANISH, « Investment Policy Options for Facing Covid-19 Related ISDS Claims », 2021.22, 3.

²³ YOUSSEF, K.A., « The Impact of the Arab Spring on International Commercial and Treaty Arbitration in Egypt and the MENA Region », 83-1 (2017) aux pages 7-8, en ligne : <<https://www.ciarb.org/media/1417/the-impact-of-the-arab-spring-on-international-commercial-and-treaty-arbitration-in-egypt-and-the-mena-region.pdf>>.

²⁴ *Philip Morris c. Uruguay, Affaire CIRDI n° ARB/10/7, sentence du 8 juillet 2016*, .

²⁵ URIBE, D. et DANISH, préc., note 21, 6.

²⁶ GIEST, A., « Interpreting Public Interest Provisions in International Investment Treaties », 18-1 *Chicago Journal of International Law*, 323.

²⁷ JONES, D., « Investor-State Arbitration in Times of Crisis », (2013) 25-1 *National Law School of India Review* 27-61.

²⁸ GIEST, A., préc., note 25, 323.

²⁹ CNUCED (dir.), préc., note 6, p. XIV.

Conférence des Nations unies pour le commerce et le développement (CNUCED), « presque tous les nouveaux AII renferment des dispositions conformes au programme de réforme du régime de l'investissement international de la CNUCED (*UNCTAD's Reform Package for the International Investment Regime*), le domaine de réforme le plus fréquent étant la préservation de la marge d'action réglementaire des États »³⁰.

L'objet de la présente étude est d'examiner l'incidence de l'arbitrage Investisseur-État sur l'action étatique en période de crise sanitaire. Concrètement, nous analyserons les réclamations potentielles qui pourraient être portées par les investisseurs étrangers contre les États pour des mesures prises en vue de faire face à la crise sanitaire ainsi que les défenses que les États pourraient opposer à ces réclamations.

Compte tenu de la prolifération des traités bilatéraux d'investissement, qui garantissent une certaine protection et une certaine stabilité aux investisseurs, est-il pertinent de se demander quand un État est responsable des mesures qui affectent les investisseurs étrangers ? Est-ce que les États disposent de toute la marge de manœuvre nécessaire afin de pouvoir adopter des mesures dans l'intérêt public en cette période de crise sanitaire Covid-19 ? Quelles sont les mesures potentiellement illicites prises par les États pendant la crise sanitaire Covid-19 ? Quels sont les fondements potentiels des réclamations au titre des accords internationaux d'investissement en raison de telles mesures ? Existe-il dans les traités internationaux d'investissement ou en droit international coutumier des exceptions ou défenses permettant aux États de prendre des mesures de sauvegarde ou d'intérêt général en période de crise sans engager leur responsabilité ? Comment les exceptions d'intérêt public sont-elles intégrées et interprétées dans les traités d'investissement ? Dans quelle mesure ces exceptions peuvent-elles permettre une certaine flexibilité aux États pour réglementer dans l'intérêt public en période de crise ?

Le droit international coutumier, précisément les articles adoptés par la Commission du droit international (CDI) sur la responsabilité de l'État pour faits

³⁰ *Id.*

internationalement illicites³¹, prévoit six circonstances excluant l'illicéité des mesures prises par l'État en violation de ses obligations internationales³². Sur ces six moyens de défense reconnus dans les articles de la CDI, les exceptions de force majeure, d'état d'urgence ou d'urgence et de détresse sont pertinentes³³. Elles feront l'objet de notre analyse dans le cadre de la présente étude.

Parallèlement, certains traités contiennent aussi des clauses exceptions, qui exemptent certaines mesures prises par les États en réponse à des circonstances exceptionnelles de la protection substantielle du TBI. La CNUCED observe que la plupart des différends ou procédures de règlement de différends lancées en 2019 l'avaient été au titre d'un All plus ancien, signé dans les années 1990 ou avant³⁴, ce qui est particulièrement préoccupant en ce qui concerne les réponses potentielles à la pandémie de Covid-19. Les All négociés à l'origine ne reflètent pas les défis mondiaux actuels liés au développement durable, au changement climatique ou à la santé publique³⁵. Bien qu'elles n'aient pas été conçues pour saper la fonction réglementaire des États, les dispositions rédigées en termes généraux dans les premiers All permettaient des interprétations expansives par les groupes d'arbitrage, qui réduisaient la capacité des États d'accueil à réglementer, même lorsque cela était dans l'intérêt public.

La relation entre les dispositions du TBI concernant cette question et le droit international coutumier est l'un des points les plus controversés et les plus pertinents soulevés dans les sentences arbitrales du CIRDI qui font l'objet de cette étude. Les positions des parties et des spécialistes à l'égard des sentences arbitrales ont également donné lieu à des controverses³⁶. Ce débat a commencé avec les conflits

³¹ Commission du droit international, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, 2001 [Doc. off., AGNU, 56e sess, Supplément n° 10 (A/56/10, annexe à la résolution 56/83 de l'AGNU et rectifier par doc. A/56/49 (Vol. I)/Corr.3.], en ligne : <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/draft_articles/9_6_2001.pdf>.

³² *Id.*

³³ PADDEU, P. et JEPHCOTT, F., « COVID-19 and Defences in the Law of State Responsibility: Part I » (2020), en ligne : <<https://www.ejiltalk.org/covid-19-and-defences-in-the-law-of-state-responsibility-part-i/>>.

³⁴ CNUCED (dir.), préc., note 6, p. xiv.

³⁵ *Id.*

³⁶ KENT, A.K. et HARRINGTON, A.R., « A State of Necessity: International Legal Obligations in Times of Crises », (2012) 42-1 *Canadian Review of American Studies* 65-81, DOI : 10.3138/cras.42.1.65.

d'investissements générés par la crise économique de l'Argentine en 2001, liée aux mesures prises pendant cette crise.

La dédollarisation de cette économie, la restructuration de la dette publique et le gel des tarifs publics ont été pris par un certain nombre d'investisseurs étrangers comme étant une violation des dispositions pertinentes du TBI conclu par l'Argentine au cours de la décennie précédente³⁷. Dans ces affaires, l'Argentine a invoqué comme défense le fait que, pendant la crise, elle se trouvait dans un état de nécessité ou d'urgence, conformément au TBI, mais aussi aux règles du droit international coutumier. Les arguments invoqués par ce pays suggèrent que les circonstances auxquelles l'État a été confronté en 2001 et 2002 lui ont permis de prendre des mesures susceptibles de nuire aux investisseurs, lesquelles mesures auraient, dans des circonstances ordinaires, violé les obligations du TBI.

Les sentences et décisions d'annulation de certains d'entre eux au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) ont donné des réponses divergentes, même lorsqu'elles portaient sur les mêmes faits et se fondaient sur les mêmes règles, montrant ainsi différentes approches et interprétations de textes similaires ou identiques par différents tribunaux arbitraux et des comités *ad hoc*. Malgré une certaine tendance à la cohérence à certains égards, les conclusions dégagées restent divergentes sur plusieurs points.

Les critiques formulées contre le régime du droit international des investissements ont tendance à présenter ce dernier comme un système « qui donne la priorité aux intérêts des entreprises plutôt qu'au bien-être des populations locales³⁸ ». En d'autres termes, il permet aux entreprises privées étrangères d'obtenir une compensation financière si leurs intérêts économiques sont touchés et ce, même si le gouvernement agit dans le but de protéger sa population ou l'intérêt public. Ces critiques laissent entrevoir la probabilité d'une avalanche de revendications du RDIE présentées par les investisseurs étrangers

³⁷ SACERDOTI, G., « The application of BITs in time of economic crisis », dans ACCONCI, P., VALENTI, M., DE LUCA, A. et SACERDOTI, G., *General Interests of Host States in International Investment Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 3-25 à la page 4, DOI : 10.1017/CBO9781107279360.003.

³⁸ PRABHASH, R., « Covid-19 and ISDS Moratorium – An Indiscreet Proposal » (2020), en ligne : <<http://opiniojuris.org/2020/06/15/covid-19-and-isds-moratorium-an-indiscreet-proposal/>>.

contre des mesures réglementaires souveraines visant à lutter contre la pandémie mondiale et ses retombées économiques³⁹. Le montant des réparations ou les demandes d'indemnisations qui résulteraient de la vague de poursuites judiciaires en matière de RDIE liée à la pandémie de Covid-19 pourrait être énorme, à hauteur de plusieurs millions de dollars de la part des investisseurs étrangers. Pour corriger les faiblesses des TBI et atténuer les interprétations divergentes que font les tribunaux arbitraux de leurs dispositions, nous allons proposer des pistes de solution en vue d'une meilleure prise en compte de l'intérêt général. Il faudra peut-être trouver un nouvel équilibre entre les besoins de conformité et de flexibilité intégrés à ces règles afin de mieux refléter la compréhension scientifique de ces urgences.

Les États ne devraient pas violer de manière injustifiée les obligations dues à d'autres acteurs internationaux, mais en même temps, ils devraient disposer d'une flexibilité suffisante pour faire face à la crise, en particulier lorsque la vie d'individus, à la fois dans leurs juridictions et au-delà, est en jeu. Certaines personnes proposent un moratoire immédiat sur toutes les demandes d'arbitrage déposées par des investisseurs étrangers contre des gouvernements utilisant des traités d'investissement⁴⁰; elles souhaitent que les États se mettent d'accord pour suspendre, pour l'ensemble des mesures liées au Covid-19, la mise en application de l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités ou bien pour clarifier la manière dont les moyens de défense du droit international peuvent s'appliquer à cette situation de crise.

La présente étude est d'un intérêt aussi bien théorique que pratique. Sur le plan théorique, elle se veut être une contribution aux efforts tendant à combler les lacunes ou la carence dans la littérature sur la question des réclamations potentielles, susceptibles d'être portées par les investisseurs étrangers contre les États en raison de décisions prises dans le contexte de la pandémie de Covid-19 et les défenses que les États pourraient y opposer. À ce jour en effet, très peu de travaux scientifiques ont été réalisés en la matière.

³⁹ *Id.*

⁴⁰ Réseau québécois sur l'intégration continentale (RQIC), préc., note 4.

Sur le plan pratique, bien qu'il existe plusieurs cas d'interprétations sur l'utilisation par les États de leurs pouvoirs de police dans le cadre de leur droit de réglementer, peu d'entre eux traitent des questions de santé publique, et aucun n'aborde le contexte spécifique d'une épidémie ou d'une pandémie.

Comme le fondement juridique des réclamations et défenses n'est pas nouveau en soi, avant d'examiner l'incidence de l'arbitrage investisseur-État en période de crise de Covid-19 (seconde partie), il nous paraît important d'analyser certaines particularités, mieux certaines questions fondamentales du droit international des investissements (première partie).

PARTIE I.

PARTICULARITÉS DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS

Nous aborderons cette première partie de notre étude en retraçant d'abord l'historique et l'évolution des sources de la discipline (chapitre 1). Celle-ci est désormais d'une telle actualité, tant dans sa dimension jurisprudentielle que dans celle de la pratique étatique, que l'on s'épuise à suivre ses derniers développements.

Il sera ensuite question d'analyser le contenu des traités en matière d'investissement, c'est-à-dire les règles substantielles de protection que l'on retrouve dans les différents traités pertinents, ainsi que l'arbitrage investisseur-État comme mécanisme procédural de protection des investissements étrangers (chapitre 2).

CHAPITRE I. HISTORIQUE ET ÉVOLUTION DES SOURCES DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS

L'histoire du droit international des investissements nous enseigne que la langue du droit international a longtemps ignoré l'investissement. Le mot « investissement » a fait, en effet, une apparition tardive en droit international⁴¹. Il apparaissait certes dans de rares circonstances, mais cette apparition n'avait pas de réelle signification quant à l'évolution du droit⁴². Par ailleurs, les signes d'un droit international des investissements apparaissent dès le XVII^{ème} siècle avec la volonté des États européens de protéger les biens de leurs nationaux se trouvant sur un territoire étranger⁴³. Il est vrai que la protection des biens des étrangers n'est pas encore le droit des investissements étrangers dans le sens où on l'entend aujourd'hui, mais c'en est bien le point de départ.

Déjà à l'époque, comme l'observe le professeur Patrick Julliard, « la multiplication des mesures d'expropriation ou de nationalisation qui avait frappé les étrangers avait suscité de rudes controverses. Mais le débat juridique était formulé dans des termes connus, dont le maniement permettait de résoudre les difficultés immédiates. Ces termes étaient ceux qu'avait progressivement élaborés le droit international relatif à la condition des étrangers »⁴⁴. Le droit international a proposé un certain nombre de coutumes générales relatives à la condition des étrangers et standards, qui constituaient un socle minimal de traitement et de protection au bénéfice de la personne de l'étranger, ainsi que

⁴¹ DANIC, O., *L'émergence d'un droit international des investissements : contribution des traités bilatéraux d'investissement et de la jurisprudence du CIRDI*, Thèse, Paris, Université Paris10 Nanterre, 2012, p. 1.

⁴² Par exemple dans l'affaire de L'Usine de Chorzów (Demande en indemnité, fond), arrêt numéro 13 du 13 septembre 1928, CPJI série A num 17, p. 53, le mot investissement a été employé dans le sens d'apport en capital : « D'autre part, si le développement normal présupposé de la question II représentait un élargissement de l'entreprise et un investissement de capitaux nouveaux, leur montant devrait être déduit de la valeur recherchée ». Dans l'affaire Oscar Chinn, la Cour faisait référence au « capital investi » (CPJI, affaire Oscar Chinn, arrêt du 12 décembre 1934, Série A/B, n° 63, p. 65, p. 84).

⁴³ LEBEN, C., « Droit international des investissements: Un survol historique », dans *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Éditions Pedone, 2015 à la page 1.

⁴⁴ JUILLARD, P., « L'évolution des sources du droit des investissements », dans *From bilateralism to community interest in international law*, coll. Collected courses of the Hague Academy of International Law, n°250, Leiden, the Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1994 aux pages 22-23, en ligne : <http://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/*ej.9789041104199.217_384> (consulté le 7 janvier 2022).

l'explique Alfred Verdross : « la Cour permanente de justice internationale (...) à plusieurs reprises, se réfère à un droit international commun concernant le traitement des étrangers. Ces règles se basent sur l'idée chrétienne de la personnalité humaine, qui doit être reconnue et respectée partout. Cette idée, introduite dans notre science par François de Vitoria (...) a été acceptée peu à peu par la coutume internationale qui, graduellement, a développé les règles régissant notre matière »⁴⁵.

Auparavant, aucun instrument contraignant portant exclusivement sur les investissements étrangers n'était entré en vigueur, malgré les tentatives lancées dans diverses enceintes. Ce n'est pas pour autant qu'on pourrait dire que le droit conventionnel des investissements était inexistant. S'il faut s'en tenir aux instruments juridiques à travers lesquels le droit international des investissements va émerger et se développer, l'histoire commence réellement à la fin du XVIII^{ème} siècle, avec les premiers traités d'amitié, de commerce et de navigation conclus entre les États-Unis et plusieurs pays européens, dont la France dès 1778⁴⁶. Bien que conçus essentiellement pour développer les échanges commerciaux entre États signataires, ils comportaient des dispositions relatives au traitement des étrangers en général, c'est-à-dire des dispositions protégeant les biens appartenant à des nationaux de l'un des États contractants dans le territoire de l'autre État contractant⁴⁷. Ces dispositions étaient proches de celles qui constitueront ensuite les traités spécifiquement applicables aux investisseurs, les traités de promotion et de protection des investissements étrangers : référence au standard minimum de traitement, à l'obligation de protection et de sécurité, à la clause de traitement national et de traitement de la nation la plus favorisée notamment.

Très tardivement, la notion d'investissement fait son apparition sur la scène juridique internationale au milieu du XX^e siècle, mais elle manquait encore de contenu. Même si le régime des investissements se précise depuis le milieu du XX^e siècle, cela n'éluide pas la question de la définition de ce concept, qui ne trouve toujours pas de

⁴⁵ VERDROSS, A., *Les règles internationales concernant le traitement des étrangers*, RCADI, tome 37, p. 1932- III.

⁴⁶ *Traité d'amitié et de commerce, conclu entre le Roi et les États-Unis de l'Amérique septentrionale*, 6 février 1778, en ligne : <<https://mjp.univ-perp.fr/traites/1778paris.htm>>.

⁴⁷ LEBEN, C., préc., note 42 à la page 2.

critères unanimes de qualification aujourd'hui⁴⁸. Il est vrai que les accords internationaux d'investissement contiennent chacun une définition de ce que l'on peut entendre par « investissement » ; mais cette définition ne figure nulle part dans la Convention de Washington du 18 mars 1965 qui institue le Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), organe des Nations unies chargé de connaître des RDIE. Sur ce point, « tout ou presque a été dit et redit, sans que toutefois l'une ou l'autre des solutions proposées emporte l'adhésion consensuelle de la doctrine et de la jurisprudence »⁴⁹. Le professeur Emmanuel Gaillard considère même que cette notion est « l'une des plus délicates et des plus controversées questions de la Convention, la jurisprudence du CIRDI étant plus divisée sur ce point que sur tout autre »⁵⁰.

En effet, la compréhension des sources du droit international des investissements entendues comme « les principes et règles, de droit interne comme de droit international, qui régissent le régime juridique des investissements effectués par les ressortissants d'un État sur le territoire de l'autre État »⁵¹, passe par la détermination du sens de la notion d'investissement⁵². Ainsi, avant d'aborder la question des sources du droit international des investissements (section 3), nous tâcherons d'abord d'analyser la définition de l'investissement au sens des traités en matière d'investissement (section 1), ainsi que les controverses entourant cette question dans la convention de Washington (section 2).

Section 1. Définition de l'investissement au sens des traités en matière d'investissement

Alors même qu'il n'existe pas de définition juridique générale de l'investissement étranger, les traités en matière d'investissement prévoient généralement une définition des opérations qui devront, pour l'application de ses dispositions, être considérées

⁴⁸ DANIC, D., préc., note 40, p. 4.

⁴⁹ ONGUENE ONANA, E., « Qualification d'investissement et compétence en arbitrage international relatif aux investissements : la théorie du contrôle séparé devant le CIRDI », (2012) 42-1 *Revue générale de droit*, 60-61, en ligne : <<https://doi.org/10.7202/1026916ar>>.

⁵⁰ GAILLARD, E., « Reconnaître ou définir? Réflexions sur l'évolution de la notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI », dans *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle*, Pedone, coll. Cahiers internationaux, n° 21, Paris, 2009 aux pages 17-18.

⁵¹ JUILLARD, P., préc. note 43 à la page 21.

⁵² TANON LOPES, A.S., *Le droit des investissements internationaux vu par la CIJ et le CIRDI*, Thèse, Bordeaux, Université de Bordeaux, 2016, p. 16.

comme constitutives d'un investissement⁵³. Si la définition est propre à chaque traité, il n'en reste pas moins que l'on rencontre d'importantes similitudes entre ces traités.

La fonction des définitions de l'investissement dans les TBI, sources premières du droit des investissements internationaux, est de délimiter leur champ d'application, de préciser les éléments susceptibles de bénéficier du régime juridique qu'ils définissent⁵⁴. D'une manière générale, les traités en matière d'investissement retiennent une conception extensive de la notion d'investissement⁵⁵ consistant à identifier de manière générale et abstraite les opérations susceptibles d'être considérées comme des investissements au sens de ses dispositions, sans pour autant en dresser une liste précise. Cette tendance générale de ne pas adopter une approche trop restrictive de la notion d'investissement est motivée, selon Arnaud de Nauteuil, par le souci « de ne pas limiter la protection offerte par le droit international en interdisant à des nouvelles formes d'investissement de voir le jour à venir »⁵⁶.

Pour la très grande majorité des TBI, c'est une définition sous une forme énumérative qui est retenue, consistant à lister les opérations pouvant être qualifiées d'investissements⁵⁷. C'est le cas, par exemple, du modèle français de TBI (2006) qui dispose en son article 1^{er} *littera* 1^{er} que :

Le terme « investissement » désigne tout type d'avoirs investis par un investisseur d'une partie contractante sur le territoire de l'autre partie contractante conformément à la législation de cette dernière et, plus particulièrement mais non exclusivement :

- a. les biens meubles et immeubles, ainsi que tous autres droits réels tels que les hypothèques, droits de rétention, usufruits, gages et tous droits analogues ;
- b. les actions, primes d'émission et autres formes directes ou indirectes de participations à des sociétés ;
- c. les revenus réinvestis, créances monétaires ou autres droits ayant valeur financière afférents à un investissement, en particulier les créances découlant de prêts relatifs à la participation aux sociétés mentionnées à l'alinéa précédent ;
- d. les droits de procédés techniques, les noms déposés et la clientèle ;

⁵³ AUDIT, M., BOLLÉE, S. et CALLÉ, P., *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, 3e éd, coll. Précis Domat droit privé, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2019, p. 261.

⁵⁴ TANON LOPES, A.S., préc., note 51, p. 17.

⁵⁵ *Id.*

⁵⁶ NANTEUI, A. de, *Droit international de l'investissement*, 3e éd, coll. EI, Paris, Éditions A. Pedone, 2020, p. 178.

⁵⁷ AUDIT, M., BOLLÉE, S. et CALLÉ, P., préc., note 52, p. 261.

- e. les concessions accordées par la loi ou en vertu d'un contrat, notamment les concessions relatives à la prospection, la culture, l'extraction ou l'exploitation de richesses naturelles, sur le territoire de chacune des Parties contractantes tel qu'il est défini ci-après.

Cette définition est appelée, dans la pratique française, définition fondée sur les actifs⁵⁸. La définition contenue dans les instruments bilatéraux est de portée illimitée et ne parvient pas à isoler les critères qui permettent de distinguer les biens étrangers et l'investissement international⁵⁹.

Section 2. Absence de définition conventionnelle de la notion d'investissement dans la convention de Washington du 18 mars 1965 instituant le CIRDI

Cette section sera développée en trois paragraphes. Le premier sera consacré aux raisons qui justifient le défaut d'une définition de l'investissement dans la convention de Washington du 18 mars 1965, tandis que les deux autres seront successivement consacrés aux diverses manières d'appréhender la notion d'investissement.

§1. Les raisons de l'omission

Malgré son importance⁶⁰, et bien qu'au cœur même du droit international des investissements, plus particulièrement du système même du CIRDI, la notion « d'investissement » souffre d'imprécisions et de désaccords entre États sur son contenu.

En effet, pour préserver à la fois les intérêts de l'État d'accueil et les intérêts de l'investisseur, l'article 25 qui est l'une des dispositions les plus importantes de la convention de Washington du 18 mars 1965, détermine les conditions à réunir pour que le CIRDI puisse connaître des requêtes en conciliation ou en arbitrage. Aux termes du *littera* 1) de cet article en effet, « la compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un État contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme

⁵⁸ CARREAU, D. et JUILLARD, P., *Droit international économique*, 5e édition, coll. Précis, Paris, Dalloz, 2013, p. 475.

⁵⁹ *Id.*, p. 477.

⁶⁰ La notion « d'investissement » est importante car, non seulement elle figure parmi les termes qui désignent le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, mais aussi elle pose ou conditionne la compétence des tribunaux arbitraux statuant sous ses auspices.

dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre État contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre ».

Mais comme nous pouvons le constater, le texte de la convention se limite à citer « l'investissement » sans pour autant le définir. On pouvait s'attendre, dès lors, à ce que la convention précise le contenu de la notion, afin de permettre aux tribunaux arbitraux, de se prononcer en toute connaissance de cause sur leur compétence. Au cours de la négociation, il y a eu plusieurs tentatives d'esquisser une définition juridique de l'investissement, mais aucune de ces tentatives n'a en définitive abouti. La Convention de Washington n'apporte donc aucun élément d'éclaircissement à ce sujet⁶¹. Cette omission est délibérée, comme l'explique Dominique Carreau et Patrick Juillard : « c'est à dessein, en effet, que les rédacteurs de la Convention, après quelques tâtonnements, n'ont pas voulu s'aventurer sur ce terrain »⁶².

Malgré le nombre impressionnant de travaux sur la question et de nombreux traités bilatéraux et multilatéraux concernant les investissements étrangers, aucune définition conventionnelle n'a été retenue à ce jour⁶³. Plusieurs raisons ont été évoquées pour justifier ce manque de consensus autour de cette notion. Sebastien Manciaux⁶⁴ estime précisément que « *the current situation results from the expression of wills one should respect* »⁶⁵. Il pense en outre que « *the absence of a specific definition could also be desirable in that it would confer a certain flexibility and functionality to the notion of investment* »⁶⁶. En d'autres termes, il n'a pas été jugé nécessaire, selon cet auteur, de définir le terme investissement compte tenu du fait que le consentement des parties

⁶¹ L'une des plus intéressantes est la suivante : « aux fins du présent chapitre "investissement" signifie toute contribution en argent ou autres avoirs ayant valeurs économique, effectuée pour une période indéfinie, ou, si la période est précisée, pour au moins cinq ans » dans *Analyse des documents relatifs à l'origine et à l'élaboration de la Convention*, Washington, DC, 1, 1970. Cité par; CARREAU, D. et JUILLARD, P., préc., note 57, p. 469.

⁶² CARREAU, D. et JUILLARD, P., préc., note 57, p. 469.

⁶³ L'origine de l'investissement est économique et dans le passé, il y avait des définitions avec les aspects économiques et ses aspects juridiques n'ont pas été pris en compte mais lorsque le terme a d'abord été utilisé dans les accords d'investissement, il a fallu le définir comme une notion juridique.

⁶⁴ MANCIAUX, S., Professeur à l'Université de Bourgogne et membre du CREDIMI [Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux]

⁶⁵ MANCIAUX, S., « The Notion of Investment: New Controversies », (2008) 9.2008-6 *The Journal of World investment & trade : law, economics, politics*, 446.

⁶⁶ *Id.*, 447.

constitue une condition essentielle, et compte tenu du mécanisme par lequel les États contractants peuvent, s'ils le désirent, indiquer à l'avance les catégories de différends qu'ils ne seraient pas prêts à soumettre au Centre.

Cet argument tiré de l'article 25 (4) de la Convention ne convainc pas dans la mesure où la manifestation du consentement ne suffit aucunement à établir l'existence d'un investissement⁶⁷. Le consentement ne vaut que pour l'arbitrage (consentement à l'arbitrage) et non pour une reconnaissance par les deux parties que le différend soit en relation directe avec l'investissement. C'est la tâche des tribunaux arbitraux qui trancheront s'il y a investissement ou pas. Il s'agit de deux questions différentes, qui doivent être examinées séparément l'une de l'autre et la constatation qu'il y a bien consentement n'entraîne pas automatiquement la constatation qu'il y a eu investissement. De même la délimitation du secteur économique par l'inclusion ou l'exclusion par tout État partie à la Convention, de telle ou telle catégorie qu'il considérerait comme susceptibles d'être soumis au Centre, n'a aucun rapport logique avec la définition juridique de l'investissement⁶⁸.

La notion d'investissement n'a pas été déterminée précisément en raison de la fragmentation et du manque de cohérence. On se retrouve simplement avec des définitions de la notion d'investissement différentes les unes des autres et au contenu variable⁶⁹. Ce manque de clarté et de précision a poussé certains auteurs à dire que cette notion est à la dérive, matérialisant le capharnaüm du droit⁷⁰. Dans le même ordre d'idées, d'autres ont qualifié cette notion de nébuleuse⁷¹ et de maudite⁷².

En l'absence d'une définition conventionnelle dans le cadre de la convention CIRDI, c'est aux tribunaux statuant sous les auspices du CIRDI qu'est revenue la tâche

⁶⁷ CARREAU, D. et JUILLARD, P., préc., note 57, p. 469-470.

⁶⁸ *Id.*, p. 470.

⁶⁹ ONGUENE ONANA, E., préc., note 48, 61.

⁷⁰ HAROUN, M., *Le régime des investissements en Algérie*, Litec, n°114, Paris, 2000 cité par ; É. ONGUENE ONANA, préc., note 48, 61.

⁷¹ BEN HAMIDA, W., « Two nebulous ICSID Features: The notion of Investment and the Scope of annulment control », 2007, 287 cité par; É. ONGUENE ONANA, préc., note 48, 61-62.

⁷² BEN HAMIDA, W., « La notion d'investissement : la notion maudite du système CIRDI? », dans *Investissements internationaux et arbitrage*, coll. Gazette du Palais, 2007 aux pages 33 et suivant.

de définir l'investissement protégé par ce dernier. Deux approches ont été développées à cette fin : l'approche objective et l'approche subjective.

§2. L'approche objective

Elle est aussi qualifiée de restrictive. En effet, suivant cette approche, la qualification de l'investissement ne dépend pas de la volonté des parties ou de leur consentement à l'arbitrage, mais de la réunion des critères objectifs qui constituent au regard de la Convention de Washington la définition de l'investissement. En d'autres termes, c'est en fonction de critères objectifs que les tribunaux arbitraux du CIRDI qualifient l'opération d'investissement au sens de l'article 25 (1) de la Convention. De cette façon, le tribunal ne devrait qu'examiner ces éléments requis pour que l'opération soit qualifiée d'investissement ou non.

C'est dans l'affaire *Salini c. Maroc*⁷³ que le tribunal arbitral a proposé pour la première fois quatre critères objectifs, connus sous le nom de « test de Salini », pour la qualification de l'investissement, à savoir qu'un investissement doit contenir les éléments suivants : « des apports, une certaine durée d'exécution, une participation aux risques de l'opération et une contribution au développement économique de l'État d'accueil de l'investisseur ». Ces quatre critères ont été repris par d'autres tribunaux arbitraux notamment dans les affaires *Consortium RFCC c. Maroc*⁷⁴ et *Joy Mining c. Égypte*⁷⁵.

Certains tribunaux ont estimé que le dernier critère relatif à la contribution au développement économique de l'État d'accueil de l'investisseur n'était pas nécessaire. C'est une condition difficile à établir et implicitement couverte par les trois autres critères⁷⁶. Cette position a été reprise dans l'affaire *Bayindir c. Pakistan* qui observe que « comme cela a été affirmé par le tribunal ayant statué dans l'affaire *LESI*, cette [quatrième] condition est souvent d'ores et déjà incluse dans les trois conditions classiques énoncées dans le critère salini ».

⁷³ *Salini Costruttori S.p.A. c. Maroc, affaire CIRDI n° ARB/00/4, décision sur la compétence du 23 juillet 2001, .*

⁷⁴ *Consortium RFCC c. Maroc, Affaire CIRDI n° ARB/00/6, .*

⁷⁵ *Joy Mining Machinery Limited c. Égypte, Affaire CIRDI n° ARB/03/11, .*

⁷⁶ *Consortium Groupement L.E.S.I.- DIPENTA c. Algérie, Affaire CIRDI n° ARB/03/08, .*

§3. L'approche subjective

Diamétralement opposée à la première, l'approche subjective est basée sur une interprétation du rapport des administrateurs de la Banque mondiale sur l'absence de définition de l'investissement dans la Convention⁷⁷. Elle consiste à définir l'investissement au regard des traités d'investissement. En d'autres termes, c'est la définition de l'investissement contenue dans le traité qui est déterminante pour qualifier une opération ou une activité d'investissement étranger. Concrètement, si les parties ont convenu, par un accord donnant compétence au tribunal, de caractériser une opération comme un investissement, alors cet accord suffit pour contrôler la constitution d'un investissement au sens de l'article 25 de la Convention.

Section 3. Sources du droit international des investissements

L'étude des sources devrait se distinguer de l'examen du contenu de la norme ainsi que de celui de leur valeur, pour se concentrer sur les processus ou les modes de formation proprement dits. Elle nous suggère ainsi, successivement, de cerner sa problématique (§1), de déterminer les sources principales du droit international des investissements (§2) et d'observer l'absence d'un cadre multilatéral universel et global en la matière (§3) ainsi que la place significative de la jurisprudence arbitrale (§4).

§ 1. La problématique des sources du droit international des investissements.

Le droit international des investissements s'est constitué à partir d'une variété de sources hétérogènes, non écrites et écrites⁷⁸. D'une manière générale, les processus de sa formation sont ceux de cet ensemble plus général, en partie énumérés à l'article 38 paragraphe 1 du statut de la Cour internationale de justice (CIJ)⁷⁹, en l'occurrence les traités ou conventions, la coutume et les principes généraux du droit, auxquels s'ajoutent

⁷⁷ *Rapport des administrateurs de la Banque mondiale sur la Convention du CIRDI du 18 mars 1965*, par. 27 « il n'a pas été jugé nécessaire de définir le terme "investissement", compte tenu du fait que le consentement des parties constitue une condition essentielle et compte tenu du mécanisme par lequel les États contractants peuvent, s'ils le désirent, indiquer à l'avance les catégories de différends qu'ils seraient ou ne seraient pas prêts à soumettre au Centre ».

⁷⁸ GAILLARD, E., préc., note 49 à la page 440.

⁷⁹ *Statut de la Cour Internationale de Justice*, 26 juin 1945.

les actes unilatéraux des États. Il importe ici de préciser que la jurisprudence et la doctrine sont des sources auxiliaires de détermination des règles de droit.

La question des sources du droit soulève une triple problématique⁸⁰ : premièrement, l'importance des sources nationales du droit des investissements est à souligner ; deuxièmement, la difficulté, en droit des investissements, d'isoler la question des sources du droit de celle du droit applicable au règlement des différends, alors que ces deux sujets doivent être distingués ; troisièmement, les rapports imbriqués qu'entretiennent traités et coutumes.

En effet, les sources du droit international des investissements sont avant tout conventionnelles dans le cadre de l'arbitrage fondé sur les traités (qu'il s'agisse d'instruments multilatéraux ou d'instruments bilatéraux). Mais il existe aussi, à côté de ces sources conventionnelles, des sources non conventionnelles telles que les principes généraux du droit, la coutume et les actes unilatéraux des États ou des organisations internationales.

On entend par « acte unilatéral », l'acte imputable à un seul sujet de droit international. Dans le cas d'espèce, ce sujet de droit international peut être un État ou une organisation internationale. Pour ce qui concerne les États, il s'agit principalement des lois nationales relatives aux investissements étrangers, connues sous l'appellation de « code des investissements »⁸¹. D'une manière générale, une opération d'investissement réalisée par un ressortissant étranger sur le territoire d'un État d'accueil est soumise au droit de cet État ainsi qu'à celui de l'État d'origine⁸². Toutefois, il faut préciser que le droit national n'est pas une source du droit international à part entière, au sens de l'article 38 du statut de la CIJ. Mais d'un point de vue technique, le droit interne peut être pertinent à deux niveaux. En effet, l'opération économique est toujours d'une manière ou d'une autre rattachée au droit national, ne serait-ce que dans l'hypothèse où des autorisations,

⁸⁰ CREPET-DAIGREMONT, C., « Les sources du droit international des investissements », dans C. LEBEN, *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Éditions Pedone, 2015 à la page 84.

⁸¹ Ce terme générique est employé pour désigner l'ensemble des normes de droit interne applicables aux opérations d'investissement étranger.

⁸² CREPET-DAIGREMONT, C., préc., note 79 à la page 84.

licences ou permis d'exploitation sont nécessaires à l'investisseur pour mener son activité. Le droit interne peut en outre servir de source d'inspiration du droit international⁸³.

De même en ce qui concerne le contentieux d'arbitrage, le droit applicable par les tribunaux d'arbitrage résulte d'un choix opéré par les parties au litige ou par une autorité compétente parmi un ensemble de sources disponibles : nationales, internationales, écrites ou non écrites⁸⁴. Le droit international et le droit de l'État d'accueil sont visés en tant que droit applicable dans les règlements d'arbitrage⁸⁵. Il peut arriver, en effet, qu'un tribunal arbitral applique des normes nationales soit « parce que ses statuts ou les parties lui ont donné compétence pour cela, soit parce que ces normes internes sont traduites dans des normes internationales »⁸⁶. À cet égard, l'article 42 de la convention de Washington dispose qu'en l'absence d'un choix clairement opérée, le tribunal applique « le droit de l'État contractant partie au différend – y compris les règles relatives aux conflits des lois – ainsi que les principes de droit international en la matière ».

Comme nous pouvons le constater, le droit international, en l'occurrence la convention de Washington et même le TBI peut renvoyer à l'application du droit interne. Par exemple, certains TBI conditionnent la protection qu'ils accordent à ce que l'investissement ait été réalisé conformément au droit de l'État d'accueil⁸⁷. En outre, les TBI s'appliquent à l'égard des ressortissants des États parties, ce qui peut soulever d'importantes questions en termes de détermination de la nationalité de l'investisseur. Comme nous le savons, bien que la question de la détermination de la nationalité d'un État soit encadrée par des normes internationales, elle demeure une question relevant du droit interne⁸⁸.

Au demeurant, quelles sont les sources principales du droit international des investissements ?

⁸³ NANTEUIL, A. de, *Droit international de l'investissement*, 3e éd, coll. EI, Paris, Éditions A. Pedone, 2020, p. 59.

⁸⁴ CREPET-DAIGREMONT, C., préc., note 79 à la page 84.

⁸⁵ *Id.* à la page 85.

⁸⁶ NANTEUIL, A. de, préc. note 82, p. 89.

⁸⁷ *Id.*, p. 90.

⁸⁸ *Id.*

§ 2. Les sources principales du droit international des investissements : les TBI et chapitres d'investissements dans les ALE

Les traités bilatéraux pour la promotion et la protection des investissements occupent « une place essentielle »⁸⁹ et « forment, de loin, l'ensemble conventionnel le plus important »⁹⁰, parmi les sources du droit international de l'investissement, dont ils sont assurément la composante principale. C'est la première source conventionnelle, aussi bien en quantité qu'en termes de contenu.

Le premier traité bilatéral d'investissement fut conclu le 25 novembre 1959 par la République fédérale d'Allemagne et le Pakistan⁹¹. Depuis, le nombre de traités bilatéraux d'investissement ou de chapitres sur l'investissement au sein d'accords de libre-échange a littéralement explosé. En 2021, le *World Investment Report* de la CNCUED a estimé le nombre total des AII à 3.360 (2.943 TBI et 417 TIP)⁹².

Bien que le nombre des TBI soit toujours élevé, on constate, à l'heure actuelle, « un net ralentissement »⁹³ du mouvement de conclusion des traités bilatéraux d'investissement. Les données du *World Investment Report 2021* montrent qu'il ralentit sensiblement. Ce ralentissement serait dû à plusieurs facteurs notamment « l'accélération de la conclusion d'accords régionaux qui supplanterait les accords régionaux ». À cela s'ajoute, le rejet « de la part de certains États, qui se manifestent par la dénonciation de la convention CIRDI (ou le refus répété de s'y engager) et par le refus de signer de nouveaux TBI. Mais aussi sans doute un certain essoufflement bien compréhensible au regard du nombre de traités signés depuis le début des années 1990 »⁹⁴. En outre, « la plupart des grands acteurs du droit international des investissements ont signé un grand nombre de ces traités et n'éprouvent pas de besoin d'en signer de nouveaux »⁹⁵. Il est cependant vrai que les États qui cherchent des nouveaux investisseurs, auront besoin de

⁸⁹ *Id.*, p. 96.

⁹⁰ CARREAU, D. et JUILLARD, P., préc. note 57, p. 460.

⁹¹ Traité tendant à encourager et à protéger les investissements (avec Protocole et échange de notes), signés à Bonn le 25 novembre 1959 entre le Pakistan et la République fédérale d'Allemagne, entré en vigueur le 28 avril 1962, RTNU, vol. 457, n 6575, p. 23.

⁹² CNUCED, *Investment Trends Monitor*, 38, CNUCED, 2021.

⁹³ CARREAU, D. et JUILLARD, P., préc., note 57, p. 460; Lire aussi; A. de NANTEUIL, préc., note 82, p. 99.

⁹⁴ NANTEUIL, A. de, préc., note 82, p. 99.

⁹⁵ *Id.*

signer de nouveaux traités. Par ailleurs, ceux qui sont déjà très impliqués dans les relations économiques internationales doivent également songer à conclure de nouveaux partenariats ou à modifier leurs traités existants pour tenir compte de nouvelles orientations.

Un autre argument susceptible de justifier ces dénonciations ou résiliations est l'impact de ces traités sur la politique intérieure des États. Certains craignent que la capacité des gouvernements nationaux à réglementer leurs propres sociétés comme ils le souhaitent est en train de s'éroder de manière significative et que les types de choix faits par les gouvernements sont de plus en plus limités. D'une manière générale, les réticences qui se manifestent à propos du mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États n'y seraient pas non plus étrangères.

Ceci nous conduit à faire un autre constat dans le paragraphe qui suit.

§ 3. L'absence d'un cadre multilatéral de portée universelle et globale

Actuellement, il n'existe aucune convention de portée générale et ouverte à tous les États qui ait pour objet de régir tous les aspects du droit des investissements⁹⁶. Les projets tendant à établir un cadre général, abstrait et transnational aux investissements étrangers ont échoué⁹⁷. Pourtant, plusieurs tentatives de rédaction de projets d'accords multilatéraux globaux ont été menées sans succès au niveau régional, multilatéral et même au sein d'institutions internationales dans les années récentes. C'est le cas par exemple de la Charte de la Havane, qui devait n'aborder le domaine de l'investissement étranger que de manière très générale, aucun accord n'ayant été trouvé sur des engagements contraignants⁹⁸. En particulier son chapitre III, intitulé *Développement économique et reconstruction*, contenait une disposition, l'article 12, qui traitait à la fois

⁹⁶ CARREAU, D. et JUILLARD, P., préc., note 57, p. 451.

⁹⁷ KAHN, P., « Les investissements internationaux, nouvelles données : un droit transnational de l'investissement », dans KAHN, P. et WALDE, T. (dir.), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux - News Aspects of International Investment Law*, Académie de droit international de la Haye, Centre d'étude et de Recherche, 2004 à la page 12.

⁹⁸ CREPET-DAIGREMONT, C., préc. note 79 à la page 89.

des investissements internationaux, du développement économique et de la reconstruction. Cet article a « sombré avec la Charte »⁹⁹.

Le dernier effort significatif en vue de l'élaboration d'un accord multilatéral de portée universelle remonte à la négociation du Projet d'accord multilatéral sur l'investissement (AMI), en anglais *Multilateral Agreement on Investment* (MAI), négocié de manière « secrète »¹⁰⁰, non-publiquement, au sein de l'Organisation pour la coopération et le développement économique (OCDE) entre mai 1995 et avril 1997, mais qui en raison de nombreuses oppositions (principalement de la France¹⁰¹) sur son contenu et également au fait de l'absence des pays en voie de développement lors de sa négociation¹⁰², n'a jamais abouti.

⁹⁹ La raison qui a justifié ce « naufrage » est connu: « la négociation de la charte a été l'occasion d'un véritable affrontement entre les libéraux américains et les dirigistes britanniques. Le compromis qui avait finalement prévalu semblait encore trop keynésien, et il est devenu clair que le Sénat, passé des démocrates aux républicains lors des élections de 1950, ne se prononcerait pas en faveur de la Ratification de la Charte. Mais le naufrage n'a pas été total : le Chapitre IV - Politique commerciale - a été sauvé des eaux pour former l'Accord Général sur les Tarifs douaniers et le Commerce (GATT) ». Lire, CARREAU, D., et JUILLARD, P., préc., note 57, p. 452.

¹⁰⁰ « Des fuites permirent toutefois à la presse de prendre connaissance de leur existence, ce qui entraîna un grand nombre de réactions hostiles, notamment de la part de certaines organisations non gouvernementales et journalistes idéologiquement opposés au projet. Cette levée de boucliers amena les États, en 1998, à abandonner un projet pourtant bien avancé » Lire NANTEUIL, A. de, préc., note 82, p. 101.

¹⁰¹ « Le Projet d'AMI ne trouve pas sa source d'inspiration dans le Projet de Convention sur la protection des biens étrangers. C'est bien plutôt vers les États-Unis qu'il faut se tourner pour déceler ses origines intellectuelles. En particulier, l'article III prévoit que le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée doivent s'appliquer aussi bien dans la Phase pré-investissement que dans la phase post-investissement - traduction de l'exigence de libéralisation que l'on trouve dans le modèle de convention bilatérale qu'ont publié les États comme dans les conventions bilatérales qu'ils ont conclues. Et c'est précisément la clause de traitement national qui a été l'une des causes de la fracture entre membres de l'OCDE, c'est-à-dire entre pays développés à économie de marché. La liberté d'entrer qui résultait de l'application du traitement national dans la phase pré-établissement, jointe à la très large définition que le Projet d'Accord donnait de l'investissement, a fait craindre à la France l'arrivée de sociétés américaines de production cinématographique. Et l'extension du traitement national à ces sociétés pendant la phase post-établissement a laissé présager - à tort ou à raison - qu'elles pourraient bénéficier des mécanismes financiers de soutien à l'industrie cinématographique - le système dit de l'avance sur recettes. Ces perspectives ont suscité de vives réactions de la part de l'industrie française de la cinématographie, qui entretenait la croyance illusoire que l'introduction, dans le système OMC, de « l'exception culturelle » l'avait mise à l'abri des aléas d'une telle concurrence. » Lire, CARREAU, D. et JUILLARD, P., préc. note 57, p. 455.

¹⁰² « L'OCDE, qui réunit aujourd'hui trente-quatre membres parmi lesquels figurent quelques pays émergents n'est pas representative des intérêts de l'ensemble des États : seuls les plus développés en sont membres. L'Organisation représente donc les intérêts des pays riches, sans que cela l'expose à la moindre critique, dans la mesure où un tel positionnement est pleinement assumé et où ces pays sont aussi ceux qui sont acteurs les plus influents de l'économie mondiale. Mais négocier en son sein un traité destiné précisément à être appliqué par des États moins fortunés et moins avancés sur le chemin du développement économique était sans doute un peu risqué » A. de NANTEUIL, préc., note 83, p. 101.

Cet échec trouve en réalité plusieurs explications liées notamment au choix de l'OCDE qui n'était sans doute pas le cadre de négociation le mieux indiqué, aux intérêts des États et aux divergences des points de vue¹⁰³. Il s'agissait toutefois, « d'une tentative ambitieuse puisque le projet (...) se voulait à la fois un instrument de libéralisation et de protection à vocation universelle, mais aussi (...) tentait de prendre en compte des préoccupations nouvelles telles que l'incidence de l'accord sur le maintien des règles nationales de droit du travail, et sur la politique nationale en matière de protection de l'environnement »¹⁰⁴.

Par ailleurs, il existe des traités multilatéraux qui traitent de tous les aspects du droit de l'investissement, mais ne réunissent qu'un nombre restreint des participants : c'est ce qu'on appelle le phénomène de régionalisation. Un bon nombre des traités régionaux relatifs à la promotion et à la protection des investissements étrangers ont été conclus.

Parmi les plus marquant, on peut citer l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), signé le 17 décembre 1992 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994. Il a été remplacé par l'Accord Canada – États-Unis – Mexique (ACEUM), le 1^{er} juillet 2020. Le chapitre 11 de l'ALENA se présente comme un TBI de type américain, avec pour particularité, un mécanisme de règlement de différends plus élaboré que d'ordinaire dans le TBI de cette époque¹⁰⁵. Dans l'Accord Canada – États-Unis – Mexique (ACEUM), le chapitre sur l'investissement a été actualisé¹⁰⁶. Il y a eu quelques changements quant à la protection proposée aux investisseurs étrangers : si les principales clauses de protection demeurent présentes (non-discrimination, protection contre l'expropriation, garantie du traitement juste et équitable etc.), le mécanisme trilatéral de règlement des différends entre investisseurs et États a été retiré c'est-à-dire, l'ACEUM n'inclut plus de recours à l'arbitrage entre le Canada et les États-Unis. Seuls, les États-Unis et le Mexique se sont entendus pour conserver un mécanisme bilatéral de RDIE pour une série limitée

¹⁰³ *Id.*, p. 102.

¹⁰⁴ CARREAU, D. et JUILLARD, P., préc., note 57, p. 454.

¹⁰⁵ CREPET DAIGREMONT, C., préc., note 79 à la page 108.

¹⁰⁶ « Résumé du chapitre sur l'investissement », *Gouvernement du Canada*, en ligne : <<https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cusma-aceum/investment-investissement.aspx?lang=fra>>.

de disciplines et de secteurs. Une période de transition de trois ans est prévue, durant laquelle le recours investisseur-État de l'ALENA continuera de s'appliquer aux investissements qui ont été réalisés avant l'entrée en vigueur de l'ACEUM. Le traité réintroduit en outre l'exigence d'épuisement des voies de recours internes dans le but de ramener une partie du contentieux devant le juge national¹⁰⁷.

Nous pouvons encore citer, le traité d'Asunción signé en 1991 portant création du marché commun d'Amérique du Sud, plus connu sous le nom de MERCOSUR. Les États membres du MERCOSUR, ont adopté en 1994 deux protocoles relatifs à la promotion et à la protection réciproques des investissements étrangers¹⁰⁸. Du point de vue contentieux, il faut dire que ce texte n'a pas soulevé un grand enthousiasme, mais il atteste que chaque région du monde tend désormais à se doter d'un texte spécifique en matière de protection des investissements étrangers¹⁰⁹.

Sur le continent asiatique, on retiendra le traité mettant en place la zone de libre-échange de l'ASEAN (Association des nations du Sud-Est asiatique, ANASE en français) signé en 1987 entre Brunei, l'Indonésie, la Malaisie, les Philippines, Singapour et la Thaïlande. Il a été complété en 1996 par le protocole relatif à la protection des investissements réalisés par les ressortissants d'États parties sur le territoire d'autres parties. Un tribunal de la CIRDI a d'ailleurs rendu sa première décision sur le fondement de cet accord en 2003¹¹⁰, ce qui témoigne d'un certain dynamisme. En 2009, les États membres de l'ASEAN ont conclu un accord global sur l'investissement.

L'Accord économique et commercial global¹¹¹ (AECG) entre le Canada et l'Union européenne constitue l'accord de libre-échange le plus important conclu par le Canada depuis l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA). Cet accord, dit de « nouvelle

¹⁰⁷ NANTEUIL, A. de, préc., note 82, p. 104.

¹⁰⁸ Protocole de Colonia sur la promotion et la protection réciproques des investissements, approuvé par la décision 11/93 du Conseil du MERCOSUR, signé par les États membres le 17 janvier 1994, entré en vigueur en août 1995; Protocole sur la promotion et la protection des investissements provenant d'États non membres du MERCOSUR, approuvé par décision 11/94 du Conseil du MERCOSUR, signé le 5 août 1994, entré en vigueur en août 1995.

¹⁰⁹ NANTEUIL, A. de, préc., note 82, p. 106.

¹¹⁰ *Yaung Chi Oo Trading Pte. Ltd. v. Government of the Union of Myanmar, Award, ASEAN Case n° ARB/01/1*, 2003.

¹¹¹ *Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres*, (2017) Journal officiel de l'Union européenne [AECG], en ligne : <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:22017A0114\(01\)&from=fr](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:22017A0114(01)&from=fr)>.

génération » en raison de sa grande portée, intègre des dispositions ambitieuses et pousse plus loin les engagements des parties dans plusieurs domaines-clés. Ainsi, outre le thème plus classique de l'accès aux marchés des biens, l'accord couvre également les domaines des services, de l'investissement, de la mobilité des personnes, des marchés publics, de la propriété intellectuelle, de l'environnement, du travail et de la coopération réglementaire.

Quoiqu'un certain nombre d'instruments régionaux aient été conclus, le bilan des accords multilatéraux apparaît mitigé. La tendance récente montre que le droit international des investissements n'évolue pas vers le multilatéralisme et s'éloigne même du régionalisme pour demeurer dans une perspective de bilatéralisme¹¹². Depuis les années deux mille, les États n'orientent plus leur politique vers la conclusion d'accords multilatéraux entre États d'un même continent, mais plutôt vers la conclusion d'accords de libre-échange ou de coopération économique, le plus souvent bilatéraux, conclus soit entre États, soit entre intégrations économiques régionales, soit entre une intégration régionale et un État, les parties n'appartenant pas au même continent et ne présentant généralement pas un même niveau de développement économique¹¹³.

§ 4. La place de la jurisprudence arbitrale

Bien que considérée comme une source subsidiaire en droit international général¹¹⁴, la jurisprudence occupe une place importante en droit international des investissements. Le développement d'un contentieux direct entre l'État d'accueil et l'investisseur étranger a permis de conférer à la jurisprudence le rôle tout à fait central dont elle jouit aujourd'hui¹¹⁵.

Philippe Kahn observe que « l'essor de l'arbitrage international pour régler les différends relatifs aux investissements, et notamment celui de l'arbitrage CIRDI, est un

¹¹² CREPET-DAIGREMONT, C., préc., note 54 à la page 104.

¹¹³ *Id.* à la page 109.

¹¹⁴ NANTEUI, A. de, préc., note 82, p. 131.

¹¹⁵ AUDIT, M., « La jurisprudence arbitrale comme source du droit international des investissements », dans *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Éditions Pedone, 2015 à la page 123.

des événements marquants de la période contemporaine »¹¹⁶. Les décisions arbitrales accompagnent l'évolution générale du droit dans ce domaine à travers l'interprétation et la compréhension des traités bilatéraux et multilatéraux d'investissement. Arnaud de Nanteuil estime que « la jurisprudence arbitrale en matière d'investissement s'est si considérablement développée à certains sujets qu'elle semble être devenue partie intégrante de la protection que le droit international propose aux opérateurs économiques »¹¹⁷. En observant le contentieux, on peut facilement remarquer que « les parties à un litige n'invoquent pas seulement les normes elles-mêmes mais également l'interprétation qui en est proposée par la jurisprudence arbitrale »¹¹⁸.

Par ailleurs, il convient de préciser qu'il n'existe pas de règle du précédent (*stare decisis*) en droit international des investissements¹¹⁹. Cela signifie qu'aucune règle n'impose aux arbitres le respect des décisions rendues par leurs prédécesseurs. Ils peuvent s'écarter, même substantiellement des décisions antérieures. Dans la pratique en revanche, les arbitres (notamment les tribunaux du CIRDI) n'hésitent pas à se référer volontairement à des sentences antérieures pour étayer la motivation de leurs sentences¹²⁰. Ils rappellent souvent qu'en dépit de l'absence d'une obligation formelle, il est quand même souhaitable de tenir compte des décisions antérieures des tribunaux arbitraux.

Dans l'affaire *Saipem S.p.A. c. Bangladesh*¹²¹, le tribunal a observé :

That it is not bound by previous decisions. At the same time, it is of the opinion that it must pay due consideration to earlier decision of international tribunals. It believes that, subject to compelling contrary grounds, it has duty to adopt solutions established compelling contrary grounds, it has a duty to adopt solutions established in a series of consistent cases. It also believes that, subject to the specifics of a given treaty and of the circumstances of the actual case, it has a duty to seek to contribute to harmonious

¹¹⁶ KAHN, P., préc., note 96 à la page 14.

¹¹⁷ NANTEUIL, A. de, préc., note 82, p. 136.

¹¹⁸ *Id.*

¹¹⁹ *Id.*, p. 132.

¹²⁰ AUDIT, M., préc., note 114 à la page 130.

¹²¹ *Saipem S.p.A. c. Bangladesh, Affaire CIRDI, n°ARB/05/07, décision sur la compétence du 21 mars 2007, .*

*development of investment law and thereby to meet the legitimate expectations of the community of States and investors towards certainty of the rule of law*¹²².

Même si la règle du précédent ne s'impose pas au tribunal nouvellement saisi, elle en est une source d'inspiration. À travers les différentes interprétations, elle contribue au développement du droit international des investissements.

Après avoir examiné les sources du droit international des investissements, analysons à présent le contenu des traités en matière d'investissements.

¹²² *Id.*, par. 67.

CHAPITRE 2. ANALYSE DU CONTENU DES TRAITES EN MATIÈRE D'INVESTISSEMENT

Dans la mesure où l'investisseur est appelé à s'établir pendant un certain temps sur le territoire de l'État où il réalise l'investissement, la question de ses conditions de vie dans l'État d'accueil est donc une importance primordiale¹²³. Initialement, le droit international de l'investissement s'est développé pour proposer aux opérateurs économiques un ensemble normatif leur garantissant une protection substantielle contre les agissements des États sur le territoire desquels ils entendaient mener leurs activités¹²⁴. Ces règles sont d'une importance capitale notamment parce qu'elles sont accompagnées d'un volet procédural qui permet d'en assurer la sanction effective et efficace notamment par la reconnaissance d'un droit d'accès direct des investisseurs étrangers à un tribunal.

Nous nous bornerons à analyser, dans un premier temps, les principales dispositions ou règles substantielles que l'on retrouve avec constance ou systématiquement dans les traités (section 1), Nous verrons ensuite, dans un second temps, que les traités d'investissements comportent souvent des clauses d'exception permettant à l'État de se dégager de sa responsabilité lorsqu'il est appelé à régler dans l'intérêt public (section 2).

Section 1. Les règles substantielles de protection des investissements étrangers : les standards de traitement

Comme nous l'avons dit dans les lignes précédentes, les traités internationaux d'investissements comportent généralement un certain nombre de règles substantielles de protection connues sous le nom de « standards de traitement ». En effet, le terme « standard », en tant que concept juridique, tire son origine du droit anglo-saxon¹²⁵. Il

¹²³ LEBEN, C., préc., note 42 à la page 18.

¹²⁴ NANTEUIL, A. de, préc., note 82, p. 325.

¹²⁵ « Le standard va apparaître à l'époque classique avec les progrès de la civilisation et la complexité toujours croissante de la vie sociale, à travers la figure du bonus pater familias, ce bon père raisonnable, normalement prudent et diligent. Au lieu de donner aux juges des instructions précises et détaillées – tâche dont il ne peut jamais s'acquitter, puisqu'il lui est impossible de tout prévoir –, le droit se contente de leur donner de simples directives, de grandes lignes de conduite, qu'ils peuvent eux-mêmes adapter aux circonstances changeantes, sans être entravés

semble qu'il n'était pas connu dans l'ancien droit romain¹²⁶. Dans son sens technique, ce terme renvoie à la manière dont une norme peut régir la conduite de son destinataire¹²⁷. Elle consiste, concrètement, à poser abstraitement un traitement relativement indéterminé en conférant au juge le pouvoir d'en préciser la portée selon les circonstances d'application¹²⁸. Elle se distingue de la règle de droit en ce sens que, celle-ci donne une solution fixe à une hypothèse déterminée¹²⁹ - fixité quant aux faits prévus et fixité quant à la solution applicable -, tandis que le standard présente quant à lui, des aspects de souplesse et d'adaptabilité.

Le standard est un instrument de mesure de la conformité ou de la non-conformité du droit national au droit international¹³⁰. C'est pourquoi il a été proposé de traduire le mot anglais *standard* par les mots « *mesure* » ou « *étalon de mesure* ». Il présente une double acception : tantôt c'est une directive générale destinée à guider le juge dans l'administration du droit et à lui donner une idée de son but et de sa finalité, tantôt il est la mesure de la conduite moyenne d'une personne normale dans des circonstances déterminées¹³¹.

C'est une notion au contenu souple, indéterminé et variable, dont la caractéristique principale est la très grande liberté d'appréciation laissée aux juges chargés de les interpréter ou de les appliquer. Ce caractère souple et indéterminé a été davantage mis en exergue par la définition donnée par le dictionnaire *Vocabulaire juridique* de Gérard Cornu. Ce dernier qualifie le standard comme une « norme souple fondée sur un critère intentionnellement indéterminé, critère directif qu'il appartient au juge, en vertu du renvoi

par la rigidité d'une règle précise et immuable. Cette technique du standard va se développer et se généraliser du côté de la Common Law à travers la Law of Tort. Le terme « standard » est d'ailleurs apparu pour la première fois dans la doctrine anglo-saxonne, nous semble-t-il, en 1881 dans l'ouvrage d'Olivier Wendell Holmes, *The Common Law*. Dans ce livre, Holmes utilise le terme *standard* en rapport avec la négligence », voir, Awalou OUEDRAOGO, « Standard et standardisation : la normativité variable en droit international », éd. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho* (2013) aux pages 160-161, en ligne : <<https://doi.org/10.7202/1068105ar>>.

¹²⁶ « Les juges à cette époque avaient besoin d'instructions précises, de règles détaillées, pour les appliquer strictement et littéralement aux rapports sociaux simples d'un état de civilisation primitive » *Id.* à la page 160.

¹²⁷ LEBEN, C., préc., note 42 à la page 288.

¹²⁸ *Id.*

¹²⁹ OUEDRAOGO, A., préc., note 124 à la page 169.

¹³⁰ JUILLARD, P., préc., note 43 à la page 134; D. CARREAU et P. JUILLARD, préc., note 57, p. 501.

¹³¹ OUEDRAOGO, A., préc., note 124 à la page 170.

implicite de la loi, d'appliquer espèce par espèce, à la lumière de données extralégales ou même extra-juridiques »¹³².

Le traitement qui peut être envisagé sous l'angle de l'investissement étranger, soit de l'investisseur, soit des deux à la fois, fait l'objet de plusieurs dispositions dans tous les instruments conventionnels en la matière et particulièrement les traités bilatéraux de promotion et de protection de l'investissement. Ces standards se présentent sous « plusieurs formes variables », mais il existe une grande similitude d'un traité à l'autre¹³³. Quels que soient les termes utilisés, il peut y avoir des divergences sensibles d'un traité à l'autre, on rencontre au moins trois types de dispositions qui constituent ce que Charles Leben appelle « un filet de sécurité¹³⁴ » et qui matérialisent l'engagement de l'État d'accueil à accorder à l'investissement un traitement juste et équitable, un traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée.

Certains tribunaux arbitraux ont considéré certains de ces standards comme étant étroitement liés¹³⁵. En fait, un traitement juste et équitable a été considéré comme une norme globale qui embrassait les autres normes¹³⁶. Cependant, dans l'affaire *Plama Ltd. c. République de Bulgarie*, le tribunal arbitral a estimé que si ces normes peuvent se chevaucher sur certaines questions, elles peuvent également être définies séparément¹³⁷. Du point de vue du tribunal, la meilleure opinion est que ces normes, bien que liées, sont séparées et autonomes.

Par ailleurs, certains auteurs¹³⁸ ne s'accordent pas sur l'emploi du qualificatif « standard » au sujet du traitement national ou du traitement de la nation la plus favorisée. En effet, pour eux, il s'agit simplement de principes conventionnels de traitement dont le

¹³² CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, Éd. mise à jour, coll. Quadrige, Paris, Presses universitaires de France, 2011, p. 978.

¹³³ KAHN, P., préc., note 96 à la page 10.

¹³⁴ LEBEN, C., *Un accord multilatéral sur l'investissement, d'un forum de négociation à l'autre*, Paris, Pedone, SFDI, 1999 cité par; P. KAHN, préc., note 96 à la page 9.

¹³⁵ SCHREUER, C., « Investments, International Protection », 2011, 9, en ligne : https://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/investments_Int_Protection.pdf.

¹³⁶ *Id.*

¹³⁷ *Plama Consortium Limited c. Bulgarie, Affaire CIRDI n° ARB/03/24, 27 Août 2008*, , paragraphe 161-163 et 183-184.

¹³⁸ CARREAU, D. et JUILLARD, P., préc. note 57, p. 510.

contenu ne peut se définir qu'en comparaison avec les éléments extérieurs¹³⁹, c'est-à-dire qu'en se référant au traitement dont bénéficient d'autres. Ils pensent que les dispositions des TBI se décomposent généralement de trois éléments, qui sont d'une part, les standards de traitement communément désignés sous l'appellation de standard de traitement juste et équitable et, d'autre part, le principe conventionnel du traitement national et enfin le principe conventionnel de la nation la plus favorisée.

D'autres auteurs cependant, sont moins radicaux au sujet du qualificatif « standard » à attribuer au traitement national et au traitement de la nation la plus favorisée. Ils estiment que ce sont véritablement des standards de traitement avec la seule distinction qu'ils constituent des standards relatifs qui dépendent de la manière dont d'autres investissements (nationaux ou étrangers) sont traités par l'État d'accueil.

Il y a un intérêt, du moins théorique, à distinguer les standards absolus (ou direct) aux standards relatifs ou indirects. En effet, les standards absolus sont ceux dont les contenus ne se définissent pas en référence aux éléments extérieurs, mais se renferment sur eux-mêmes. Ils fixent eux-mêmes le traitement qui doit être accordé aux étrangers pour satisfaire aux exigences du droit international. C'est dans ce sens que de traitement juste et équitable tout comme le standard de pleine et entière protection et sécurité seraient des standards à caractère absolu parce que point ne serait nécessaire, pour les besoins de leur interprétation ou de leur application, de recourir à quelque élément de comparaison qui leur serait étranger.

A contrario, les standards relatifs ou indirects sont ceux qui ne fixent pas par eux-mêmes un niveau de traitement, mais renvoient soit au traitement le plus favorable accordé aux ressortissants d'un État tiers, soit au traitement réservé aux nationaux. Ce sont des standards non autonomes dont le contenu ne se définirait que par comparaison à des éléments extérieurs¹⁴⁰. Si on considère le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée, on constatera qu'ils ont un contenu propre, même si ce contenu

¹³⁹ *Id.*

¹⁴⁰ OUEDRAOGO, A., préc., note 124 à la page 510.

est défini par référence ou comparaison au traitement que l'État d'accueil accorde à ses nationaux, ou au traitement qu'un État tiers accorde aux étrangers¹⁴¹.

Sur le plan pratique, il y a lieu de se demander si tous ces standards possèdent les mêmes force et valeur juridiques. Pour répondre à cette question, il nous paraît nécessaire de clarifier la question de l'origine de divers standards.

Selon leurs origines on peut distinguer deux types de standard. D'une part les standards de traitement d'origine extra-conventionnelle, c'est-à-dire qui tireraient leur force et leur valeur juridique des sources autres que la convention, la coutume ou les principes généraux du droit¹⁴², tirés des pratiques convergentes des droits nationaux, mais aussi plus directement des exigences constructives de l'ordre juridique international. Dans leur préfiguration initiale, ils se sont rapprochés des standards minimums constitués de l'ensemble des protections élémentaires qu'un État est tenu d'accorder à tout étranger présent sur son territoire¹⁴³. Ces normes ont une existence propre, indépendamment de la convention qui n'apporterait rien ni ne retrancherait rien quant à leur force et leur valeur juridique. Tel serait le cas des standards du traitement juste et équitable, tout comme des standards de pleine et entière protection et sécurité. Et d'autre part, les standards de traitement d'origine conventionnelle, qui tireraient leur force et leur valeur juridique du seul traité¹⁴⁴. Ils n'accordent aucune protection dans l'absolu, indépendamment du support conventionnel qui leur prêterait sa propre force et sa propre valeur juridique. C'est le cas par exemple des standards du traitement national et du standard de traitement de la norme de la nation la plus favorisée.

Après cette précision sur la notion de standard, examinons maintenant les principaux standards ou les principales règles substantielles que l'on retrouve dans la grande majorité des traités de protection d'investissements.

¹⁴¹ CARREAU, D. et JUILLARD, P., préc., note 57, p. 501.

¹⁴² *Id.*, p. 500.

¹⁴³ NANTEUIL, A. de, préc., note 82, p. 121.

¹⁴⁴ CARREAU, D. et JUILLARD, P., préc., note 57, p. 500.

§1. Le standard de traitement national

C'est l'un des éléments fondamentaux de la protection des investissements étrangers en particulier, et du droit international économique en général¹⁴⁵. Jadis appelé « *principle of parity* », le standard de traitement national vise à mettre sur un même pied d'égalité juridique des investissements étrangers et nationaux¹⁴⁶. Il a pour finalité d'éviter que l'investisseur étranger ne soit victime de discriminations de la part de l'État hôte, par rapport à ses nationaux¹⁴⁷. Ainsi, ce standard est basé sur la non-discrimination. Il tire ses origines vers le XIX^{ème} siècle avec l'émergence de la doctrine Calvo dans certains États latino-américains¹⁴⁸. Selon cette doctrine, les investisseurs étrangers n'étaient en droit, du point de vue du droit international, que de recevoir le même traitement que les nationaux sans pouvoir prétendre à un bénéfice plus important¹⁴⁹.

Le traitement national n'accorde pas aux investisseurs un niveau de protection spécifique, mais leur octroie uniquement une protection relative leur permettant de recevoir un traitement qui ne soit pas inférieur à celui accordé aux investisseurs nationaux. On retrouve ce standard dans la grande majorité des traités¹⁵⁰. Dans le modèle français de TBI (2006), il est ainsi prévu que chaque État partie accorde aux nationaux ou sociétés de l'autre État partie, « en ce qui concerne leurs investissements et activités liées à ces investissements, un traitement non moins favorable que celui accordé à ses nationaux ou sociétés »¹⁵¹.

Pour déterminer si le traitement national accordé à l'investisseur a été, ou non méconnu, il faudra suivre un raisonnement à deux étapes¹⁵² : Premièrement, il faut vérifier que l'investisseur étranger et l'investisseur national retenu comme référence peuvent

¹⁴⁵ NANTEUIL, A. de, préc., note 82, p. 337.

¹⁴⁶ BONOMO, S., préc., note 9, p. 58.

¹⁴⁷ *Id.*

¹⁴⁸ ANTEUIL, A. de, préc., note 82, p. 337.

¹⁴⁹ *Id.*

¹⁵⁰ *Id.*, p. 338.

¹⁵¹ Article 5 alinéa 1 *Accord entre le gouvernement de la République française et le gouvernement ... sur l'encouragement et la protection reciproques des investissements*, 14 février 2006 [Réf: OACC/ APPI MODELE TYPE FR 14 02 2006], en ligne : <<https://jsumundi.com/fr/document/treaty/fr-accord-entre-le-gouvernement-de-la-republique-francaise-et-le-gouvernement-de-sur-lencouragement-et-la-protection-reciproques-des-investissements-modele-de-tbi-de-la-france-2006-tuesday-14th-february-2006>>.

¹⁵² AUDIT, M., BOLLEE, S. et CALLE, P., préc., note 52.

effectivement faire l'objet d'une comparaison. La question qui se pose ici est celle de savoir si les deux investisseurs doivent exercer exactement la même activité ou s'ils doivent simplement exercer dans des secteurs d'activités économiques similaires. En d'autres termes, il s'agit de déterminer si l'application du traitement national aux investisseurs étrangers et nationaux répond à l'exigence des situations identiques ou similaires. En règle générale, la jurisprudence arbitrale retient ce second mode de comparaison¹⁵³. Le modèle canadien d'APIE¹⁵⁴ est un peu plus clair à ce sujet. Il précise en son article 5 que « chaque Partie accorde à un investisseur de l'autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances similaires, à ses propres investisseurs, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'un investissement sur son territoire »¹⁵⁵.

Deuxièmement, la mesure adoptée par l'État d'accueil doit effectivement imposer à l'investisseur étranger un traitement moins favorable que celui réservé aux investisseurs nationaux¹⁵⁶. Cette constatation relève d'une analyse des faits et non du droit. La question de savoir si le simple constat de la discrimination suffit à établir la violation au standard de traitement national ou s'il doit être accompagné de preuves mettant en évidence la volonté ou l'intention de discriminer est controversée¹⁵⁷. À cet égard, on notera que la jurisprudence ne distingue pas clairement un traitement différentiel et discriminatoire¹⁵⁸. Même quand la violation au traitement national est établie, l'État a toujours la possibilité de s'exonérer de la responsabilité en établissant un fondement légitime à la violation ainsi constatée. Les mesures étatiques qui pourraient être considérées comme attentatoires au traitement national, peuvent se justifier si des considérations d'intérêt public l'exigent¹⁵⁹.

¹⁵³ *S.D. Myers, Inc. c. Canada, CNUDCI, sentence partielle, 13 septembre 2000*, , par. 250.

¹⁵⁴ *Accord entre le Canada et concernant la promotion et la protection des investissements, 2021 [Modèle canadien d'APIE]*, en ligne : <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/2021_model_fipa-2021_modele_apie.aspx?lang=fra>.

¹⁵⁵ Article 5 *Id.*

¹⁵⁶ *Ronald S. Lauder c. République Tchèque, CNUDCI, sentence du 3 septembre 2001*, , par. 220.

¹⁵⁷ AUDIT, M., BOLLEE, S. et CALLE, P., préc., note 52, p. 267.

¹⁵⁸ CARREAU, D. et JUILLARD, P., préc., note 57, p. 516.

¹⁵⁹ *Id.*, p. 267.

§2. La clause de la nation la plus favorisée

La clause de la nation la plus favorisée n'est pas apparue avec les TBI. C'est une technique conventionnelle classique du droit des traités¹⁶⁰. Bien que les opinions divergent quant à la date de sa première apparition¹⁶¹, « les études que leur ont consacré la CNUCED et l'OCDE en font remonter l'origine aux XII^e siècle. Mais la clause de la nation la plus favorisée entre dans son âge d'or avec les traités d'amitié, de commerce et de navigation (*Friendship, Commerce and Navigation – FCN*) au XVIII^e siècle. On la retrouve par la suite dans tous les accords bilatéraux de commerce, jusqu'aux plus récents – les actuels accords de libre-échange (*Free Trade Agreements – FTA*)¹⁶²». Cette clause a été également présente dans le premier TBI, signé en 1959 entre l'Allemagne et le Pakistan. Aujourd'hui, elle est insérée dans la grande majorité des TBI et des chapitres d'investissement des accords de libre-échange (ALE).

La Commission du droit international a défini la clause de la nation la plus favorisée comme étant « une disposition conventionnelle par laquelle un État assume à l'égard d'un autre État l'obligation d'accorder le traitement de la nation la plus favorisée dans un domaine convenu de relations¹⁶³ » ; « le traitement accordé par l'État concédant à l'État bénéficiaire, ou à des personnes ou des choses se trouvant dans un rapport déterminé avec cet État, non moins favorable que le traitement conféré par l'État concédant à un État tiers ou à des personnes ou des choses se trouvant dans le même rapport avec cet État tiers »¹⁶⁴. Elle constitue l'un des volets du principe de non-discrimination en droit international¹⁶⁵.

En effet, la non-discrimination peut s'apprécier dans son volet interne, à travers le traitement accordé aux nationaux par rapport aux étrangers sur le territoire national (le traitement national). Elle peut également s'apprécier dans son volet externe à travers le

¹⁶⁰ AUDIT, M., BOLLEE, S. et CALLE, P., préc. note 52, p. 267.

¹⁶¹ NANTEUIL, A. de, préc., note 82, p. 350.

¹⁶² CARREAU, D. et JUILLARD, P., préc., note 57, p. 517.

¹⁶³ Article 4 du projet de la Commission du droit international, *Projet d'articles sur les clauses de la nation la plus favorisée* (Projet CDI), 1978, en ligne : https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/draft_articles/1_3_1978.pdf.

¹⁶⁴ Article 5 *Id.*

¹⁶⁵ NIKIEMA, S.H., « La clause de la nation la plus favorisée dans les traités d'investissement », *IISD* 2017, 2.

traitement accordé aux étrangers de différentes nationalités entre eux (le traitement NPF) par l'État d'accueil. Ainsi, là où le traitement national interdit la discrimination entre nationaux et étrangers, la clause de la nation la plus favorisée interdit la discrimination entre investisseurs étrangers¹⁶⁶. Cette égalité que postule la clause NPF abolit les différences de régime juridique entre les investissements étrangers qui en sont bénéficiaires. Dans l'Affaire des droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc, la CIJ a jugé que « (...) les clauses de la nation la plus favorisée avaient pour objet d'établir et de maintenir en tout temps l'égalité fondamentale sans discrimination entre tous les pays intéressés »¹⁶⁷.

Par conséquent, les clauses du traitement de la nation la plus favorisée engagent les parties contractantes à traiter les investisseurs les uns des autres de manière non moins favorable que les investisseurs de tout État tiers. Si l'État d'accueil n'accorde pas d'intérêts et un traitement favorable à un État tiers, le traitement de la nation la plus favorisée ne sera pas appliqué dans la pratique.

Schématiquement, la clause NPF oblige un état signataire à étendre à l'autre partie bénéficiaire de la clause tout traitement le plus favorable qu'il aurait accordé à une tierce partie. Cette clause met en œuvre un jeu à trois : un TBI dit « traité de base » conclu entre l'État A et l'État B contient une clause aux termes de laquelle chacune des parties contractantes promet à l'autre partie d'accorder aux investisseurs de cette dernière un traitement non moins favorable aux investisseurs de l'État C, d'une autre convention. Cela implique donc deux traités d'investissement : le traité de base qui contient la clause de la nation la plus favorisée et l'autre traité qui contient la clause la plus favorable, laquelle va être aspirée dans le traité de base par l'effet de la clause de la nation la plus favorisée. Dans ce mécanisme la partie demanderesse qui se prévaut de cette clause est et demeure tierce par rapport à l'accord de base réputé *res inter alios acta*, qui contient la clause de la nation la plus favorisé¹⁶⁸.

¹⁶⁶ NANTEUIL, A. de, préc., note 82, p. 350.

¹⁶⁷ CIJ, *Recueil*, 1952, p. 192.

¹⁶⁸ CARREAU, D. et JUILLARD, P., préc., note 57, p. 518.

L'inventaire des clauses de la nation la plus favorisée contenues dans les traités d'investissement ne permet pas de dégager un tableau uniforme¹⁶⁹. La clause se présente sous des formes différentes ; mais il est possible de les classer d'une manière générale selon trois critères¹⁷⁰ : premièrement, selon que la clause NPF est rédigée de manière autonome, est rattachée à la clause du traitement national, ou à une autre clause du TBI¹⁷¹. Deuxièmement, selon que la clause NPF précise le type de « traitement » couvert ou pas. La majorité des TBI traditionnels ne précisent pas le champ d'application de la clause NPF, c'est-à-dire les catégories de mesures couvertes. Toutefois, certains TBI sont plus précis et indiquent par exemple qu'« aucune des Parties contractantes ne soumettra, sur son territoire, les ressortissants soumis ou les sociétés de l'autre partie contractante en ce qui concerne la gestion, l'utilisation, la jouissance ou la cession de leurs investissements, à un traitement moins favorable que celui qu'elle accorde à ses propres ressortissants ou sociétés ou aux ressortissants et sociétés de tout état tiers »¹⁷². Troisièmement, on peut distinguer, selon que la clause NPF incorpore ou non un critère de comparaison entre les investisseurs étrangers. C'est dans ce sens qu'un nombre de TBI précise que la comparaison se fera entre investisseurs ou investissements situés « dans des circonstances (ou situations) similaires ou analogues » : « Chaque partie contractante accorde sur son territoire aux investisseurs de l'autre partie contractante et à leurs investissements un traitement non moins favorable que le traitement qu'elle accorde dans des circonstances similaires aux investisseurs de tout pays tiers et à leurs investissements [...] en matière d'investissements et activités d'affaires »¹⁷³.

¹⁶⁹ OCDE, « Le traitement de la nation la plus favorisée dans le droit international des investissements », *OCDE document de travail sur l'investissement international* 2004.2004/2, en ligne : <https://www.oecd.org/fr/daf/inv/politiques-investissement/FR%20WP-2004_2.pdf>.

¹⁷⁰ NIKIÉMA, S.H., préc., note 164, 4.

¹⁷¹ Par exemple l'article 3.2 du *Traité bilatéral d'investissement Chine-Bénin*, 2004 dispose « Aucune des Parties Contractantes ne soumettra les investissements et les activités liées aux investissements des investisseurs de l'autre Partie Contractante à un traitement moins favorable que celui accordé aux investissements et aux activités connexes des investisseurs de tout état tiers. ». Mais il arrive souvent que la clause NPF soit combinée à l'obligation de traitement national dans les TBI. C'est le cas de l'Accord de libre-échange entre les États-Unis et Singapour, le traitement national et la nation la plus favorisée relèvent du même article : « Article 15.4 : Chaque partie accordera aux investisseurs de l'autre partie et à leurs investissements visés le traitement national ou le traitement de la nation la plus favorisée, le traitement le plus avantageux des deux étant appliqué. ».

¹⁷² Article 3.2 *Traité bilatéral d'investissement Royaume-Uni – Bosnie-Herzégovine*, 2002; V. aussi ; *Traité bilatéral d'investissement Argentine-Danemark*, 6 novembre 1992.

¹⁷³ Article 2.2 *Traité bilatéral d'investissement Japon-République de Corée*, 2002.

À côté de ces trois critères, il convient de préciser que certains traités excluent expressément certains domaines du champ d'application de la clause NPF, par exemple la fiscalité, les droits nés d'une adhésion à une organisation régionale ou encore les questions liées au règlement des différends.

Le modèle français de TBI prévoit que chaque partie applique, sur son territoire et dans sa zone maritime, aux nationaux ou sociétés de l'autre l'État par partie, en ce qui concerne leurs investissements, « le traitement accordé aux nationaux ou sociétés de la nation la plus favorisée si celui-ci est plus avantageux »¹⁷⁴. Il faut toutefois préciser que la France étant un membre de l'Union européenne, a limité la portée de la clause en émettant une réserve, afin d'éviter que par truchement de la clause de la nation la plus favorisée, tous les investisseurs d'États tiers à l'Union européen puissent bénéficier de l'ensemble du droit européen en matière d'investissements¹⁷⁵. Cette réserve s'énonce de la manière suivante : « Ce traitement ne s'étend toutefois pas aux privilèges qu'une partie contractante accorde aux nationaux ou sociétés d'un État tiers en vertu de sa participation ou de son association à une zone de libre-échange, une union douanière, un marché commun ou toute autre forme d'organisation économique régionale »¹⁷⁶.

L'article 6.6 du modèle canadien d'APIE exclut expressément du champ d'application de la clause NPF les procédures de règlement des différends relatifs aux investissements. Cet article dispose que le traitement de la nation la plus favorisée « n'englobe pas les procédures de règlement des différends relatifs aux investissements entre investisseurs et États prévues dans d'autres traités internationaux sur l'investissement et d'autres accords commerciaux »¹⁷⁷.

Il existe une controverse en ce qui concerne l'application de la clause NPF au mécanisme RDIE. Dans l'affaire *Maffezini c. Espagne*¹⁷⁸, la question de l'application de la clause de la nation la plus favorisée a été soulevée pour la première fois en droit international des investissements. En effet, l'investisseur argentin a intenté une action

¹⁷⁴ Article 5 par.1 *Réf: OACC/APPI MODELE TYPE FR 14 02 2006*, préc., note 151.

¹⁷⁵ AUDIT, M., BOLLEE, S. et CALLE, P., préc., note 52, p. 267.

¹⁷⁶ Article 5 par. 2 *Réf: OACC/APPI MODELE TYPE FR 14 02 2006*, préc., note 151.

¹⁷⁷ Article 6.6 *Modèle canadien d'APIE*, préc., note 154.

¹⁷⁸ *Emilio Agustín Maffezini c. Espagne, affaire CIRDI, n° ARB/97/7, décision sur la compétence du 25 janvier 2000.*

devant le CIRDI sur le fondement du traité signé entre l'Espagne et l'Argentine, lequel prévoyait une obligation de saisine préalable des juridictions de l'État d'accueil et le respect d'un délai de dix-huit mois avant tout arbitrage international. Le demandeur n'avait pas respecté cette obligation ; il estimait pouvoir bénéficier des traitements éventuellement plus favorables contenus dans le traité que l'Espagne avait signé avec le Chili. Ce traité prévoyait, au titre des conditions préalables au recours à l'arbitrage, un délai de six mois. Le tribunal a noté que le TBI entre l'Argentine et l'Espagne permet aux tribunaux nationaux de connaître d'un différend dans un délai de dix-huit mois précédant sa soumission à l'arbitrage. L'article 10(2) du TBI entre le Chili et l'Espagne n'impose toutefois pas cette condition et prévoit simplement que l'investisseur peut recourir à l'arbitrage après l'expiration du délai de six mois impartis pour les négociations¹⁷⁹. Le tribunal a jugé recevable et fondé cette requête. Il a considéré que, bien que la clause de la nation la plus favorisée contenue dans le traité de base n'ait pas fait référence spéciale au règlement des différends, mais s'en soit tenu à une mention générale de l'ensemble des matières soumises à l'accord, cette mention générale couvrirait le mécanisme de règlement des différends :

Notwithstanding the fact that the basic treaty containing the clause does not refer expressly to dispute settlement as covered by the most favored nation clause, the Tribunal considers that there are good reasons to conclude that today dispute settlement arrangements are – related to the protection of foreign investors, as they are also related to the protection of rights of traders under treaties of commerce¹⁸⁰.

En rendant cette décision, le tribunal a fait observer que dans certains TBI, la clause NPF englobe expressément les dispositions relatives au règlement des différends.

En vertu du principe *ejusdem generis*, la clause de la nation la plus favorisée ne pourra produire ses effets qu'à la condition que le régime plus favorable contenu dans un accord conclu avec un tiers ont le même objet que l'accord porteur de la clause. C'est ce que prévoient les articles 9 et 10 du projet d'articles de la CDI sur la clause¹⁸¹. La clause de la nation la plus favorisée ne peut établir un pont qu'entre traités dont la matière est

¹⁷⁹ *Id.*, par. 39.

¹⁸⁰ *Id.*, par. 56.

¹⁸¹ *Projet d'articles sur les clauses de la nation la plus favorisée (Projet CDI)*, préc., note 163.

identique ou similaire¹⁸². Aucun autre droit ne peut être revendiqué au titre d'une clause NPF que ceux entrant dans les limites de l'objet de la clause. Ainsi, le bénéfice d'une disposition de paix ne peut être invoqué par le jeu de la clause de la nation la plus favorisée insérée dans un traité relatif à l'investissement international¹⁸³.

Le commentaire sur les projets d'articles 9 et 10 souligne que les droits du bénéficiaire sont limités, en ce qui concerne l'objet, de deux manières, à savoir par la clause elle-même, qui se rapporte à un certain objet, et par les droits conférés par l'État concédant à l'État tiers. Même si le sens de la règle est clair, son application n'est pas toujours aisée. Dans l'affaire *Ambatielos*¹⁸⁴, opposant la Grèce au Royaume-Uni, la commission *ad hoc* s'est clairement prononcée en faveur de l'application de la règle *ejusdem generis* aux seules clauses conventionnelles. Elle a précisé la question de l'identité ou de la similarité entre traités dans l'application de la clause de la nation la plus favorisée¹⁸⁵, en affirmant que « *the commission holds that the most-favoured-nation clause can only attract matters belonging to the same category of subject as that to which the clause itself relates* »¹⁸⁶.

§3. Le standard de traitement juste et équitable

Il existe un consensus autour du caractère vague de ce standard¹⁸⁷ : « le seul recours à des termes aussi vagues est de nature à faire trembler le juriste accoutumé aux catégories claires et aux notions bénéficiant d'un contenu juridique indiscutable¹⁸⁸ ». Ce caractère vague a été confirmé par la jurisprudence. Ainsi, dans l'affaire CMS, le tribunal arbitral a reconnu que la position de l'Argentine selon laquelle le traitement juste et

¹⁸² CAZALA, J., « Les standards indirects de traitement: traitement de la nation la plus favorisée et traitement national », dans LEBEN, C., *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Éditions Pedone, 2015 à la page 269.

¹⁸³ *Id.*

¹⁸⁴ *The Ambatielos Claim (Greece, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)*, [1956] XII Recueil des sentences arbitrales.

¹⁸⁵ CAZALA, J., préc., note 181 à la page 269.

¹⁸⁶ *The Ambatielos Claim (Greece, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)*, préc., note 184, 107.

¹⁸⁷ CAZALA, J., « La protection des attentes légitimes de l'investissement dans l'arbitrage international », *Revue internationale de droit économique* 2009, 6, en ligne : <<https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2009-1-page-5.htm>>.

¹⁸⁸ NANTEUIL, A. de, préc., note 82, p. 366.

équitable était trop vague pour en déterminer le sens n'était pas entièrement infondée¹⁸⁹. De même, dans l'affaire Enron le tribunal arbitral a affirmé que « *the Respondent is right in arguing that fair and equitable treatment is a standard none too clear and precise* »¹⁹⁰. Ces appréciations n'empêchent pas de rechercher quel peut être le contenu du standard dont le caractère évolutif n'est pas contesté.

L'origine ou les traces du standard de « traitement juste et équitable » sur le plan bilatéral, semble remonter aux premiers traités de commerce, d'amitié et de navigation signés par les États-Unis¹⁹¹. Sur le plan multilatéral, le traitement juste et équitable est mentionné pour la première fois dans la Charte de La Havane de 1948¹⁹². Ce standard figure également dans le projet de convention de protection de propriétés étrangères élaborée par l'OCDE en 1967¹⁹³ ainsi que dans les lignes directrices de la Banque mondiale relatives au traitement de l'investissement étranger¹⁹⁴. Aujourd'hui, la quasi-majorité des traités de promotion et de protection d'investissements, particulièrement des TBI en font mention. Et cette mention apparaît sous une forme caractéristique¹⁹⁵ : « Chaque partie contractante s'engage à assurer, sur son territoire et dans sa zone maritime, un traitement juste et équitable, conformément aux principes du droit international, aux investissements constitués par les ressortissants de l'autre partie ».

¹⁸⁹ *CMS Gas Transmission Company c. Argentine, Affaire CIRDI n° ARB/01/8, sentence du 12 mai 2005*, par. 270-273.

¹⁹⁰ *Enron Corporation et Ponderosa Assets, L.P c. Argentine, Affaire n° ARB/01/3, sentence du 22 mai 2007*, paragraphe 256; J. CAZALA, J., préc., note 186, 6.

¹⁹¹ NANTEUIL, A. de, préc., note 82, p. 366.

¹⁹² Certes, ce traité qui devait créer une Organisation internationale du Commerce n'est jamais entrée en vigueur mais il devait permettre de garantir aux investisseurs étrangers, un traitement juste et équitable. Son article 11 (2) disposait que « l'organisation en faisant appel, s'il y a lieu, à la collaboration d'autres organisations intergouvernementales : a) recommander et favoriser la conclusion d'accords bilatéraux ou multilatéraux relatifs aux mesures tendant : i) à assurer un traitement juste et équitable en ce qui concerne l'effort d'entreprise, les compétences techniques, les capitaux, les procédés ou techniques apportés d'un État membre dans un autre »

¹⁹³ L'article premier du Projet de convention sur la protection des biens des étrangers dispose que les parties s'engagent « à assurer à tout moment un traitement juste et équitable aux biens des ressortissants des autres parties »

¹⁹⁴ L'article III(2) des Principes directeurs pour le traitement de l'investissement direct étranger énoncés par la Banque mondiale en 1992 dispose que « chaque partie contractante accordera aux investissements qui sont réalisés sur son territoire par des investisseurs d'une autre partie contractante un traitement loyal et équitable conforme aux Principes directeurs ». L'article II(3) précise en outre le traitement accordé aux investisseurs étrangers pour ce qui est de la sécurité des droits des personnes et de la propriété, l'octroi de permis et de licences, le transfert de revenus et de bénéfices et le rapatriement de capitaux. L'approche proposée consiste à faire du traitement juste et équitable une prescription primordiale. Cf. Banque mondiale, *Cadre juridique pour le traitement de l'investissement étranger*, 1992.

¹⁹⁵ JUILLARD, J., préc., note 43 à la page 132.

La formulation est loin d'être heureuse¹⁹⁶, elle soulève quelques interrogations. En outre, cette obligation des parties aux accords sur l'investissement d'accorder aux investissements réciproques « un traitement juste et équitable » a reçu diverses interprétations de la part des représentants des États, des arbitres et des spécialistes¹⁹⁷. Le débat qu'a suscité cette norme a principalement consisté à savoir si elle est mesurée au regard de la norme minimale de traitement du droit international coutumier, une norme élargie du droit international incluant d'autres sources comme les obligations de protection des investissements généralement contenues dans les traités de même que les principes généraux, ou si elle constitue un concept autonome inscrit dans les traités et qui n'est pas expressément lié au droit international. En d'autres termes, il s'agit de savoir si le standard de traitement juste et équitable se situe dans le prolongement direct des principes coutumiers ou au rebours c'est une norme autonome. Est-ce que le traitement juste et équitable offre des droits supplémentaires par rapport au droit international général ?

Ce débat sur l'autonomie du standard de traitement juste et équitable vis-à-vis des principes généraux du droit international, et en particulier le standard minimum de traitement, impose de faire part de deux opinions divergentes en doctrine, qui nous conduiront à considérer qu'elle est largement controversée. La jurisprudence s'est également montrée divisée sur la question.

Pour certains, le traitement juste et équitable n'est pas sans lien avec le standard minimum de traitement¹⁹⁸. C'est l'un des éléments de la norme minimale de traitement accordé aux ressortissants étrangers et à leurs biens requis par le droit international. En d'autres termes, il existe un rapport d'inclusion entre le traitement juste et équitable et le standard minimum de traitement ; nier qu'il existe des liens sur le fond serait absurde¹⁹⁹. Il s'en suit donc que la norme de traitement juste et équitable, bien qu'articulée dans les TBI, sera englobée dans l'ensemble plus large, ce qui signifie que les tribunaux ne peuvent pas aller au-delà de ce qui est requis lorsqu'ils doivent statuer sur leurs violations.

¹⁹⁶ *Id.*

¹⁹⁷ OCDE, « La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements », dans *Droit international de l'investissement: un domaine en mouvement : complément aux perspectives de l'investissement international*, Paris, OCDE, Organisation de coopération et de développement économiques, 2006 à la page 82.

¹⁹⁸ NANTEUIL, A. de, préc., note 82, p. 369.

¹⁹⁹ *Id.*

Les États membres de l'OCDE, appelés, en effet, dans le cadre du Comité de l'investissement international et des entreprises multinationales, à commenter les dispositions conventionnelles sur le traitement juste et équitable ont considéré que « la notion de traitement juste et équitable introduit un principe juridique en soi, qui renvoie aux principes généraux du droit international ; même si cela n'est pas dit explicitement ... dans beaucoup d'accords ou conventions, il est donné de l'importance à cette notion de traitement juste et équitable, en la faisant figurer dans des clauses qui se réfèrent très précisément aux règles et aux principes du droit international »²⁰⁰. Cet avis met en évidence que le traitement juste et équitable est un principe général du droit international qui existe indépendamment du support conventionnel.

Dans l'affaire *Lauder c. République tchèque*, les arbitres ont décidé que « le traitement juste et équitable est lié à la norme établie de la diligence due et fournit une norme internationale qui s'inscrit dans le droit international coutumier ». Il en est de même de l'affaire *Genin c. République d'Estonie*²⁰¹, dans laquelle le tribunal arbitral a aussi relié le traitement juste et équitable à la règle coutumière du standard minimum, affirmant qu'« en droit international, cette obligation est généralement comprise comme fournissant une norme fondamentale et généralement distincte du droit interne de l'État d'accueil. Bien que le contenu exact de la norme ne soit pas bien défini, le tribunal considère qu'il s'agit véritablement d'une norme minimale ».

Dans une autre affaire, *CMS Gas transmission Company c. la République d'Argentine*, le tribunal a examiné la question et a conclu que « la norme de traitement juste et équitable est en lien avec la stabilité et la prévisibilité des conditions de l'activité requise, fondée sur des engagements juridiques et contractuels solennels, n'est pas différente de la norme minimum du droit international et de son évolution aux termes du droit coutumier »²⁰².

²⁰⁰ OCDE, *CIME*, paragraphe 36 (1984), p. 13 cité par ; P. JUILLARD, préc., note 44 à la page 133.

²⁰¹ *Alex Genin, Eastern Credit limited, Inc, et A.S. Baltoil Genin c. Estonia, Affaire CIRDI n° ARB/99/2, 25 juin 2001*, paragraphe 367.

²⁰² *CMS Gas Transmission Company v. the Argentine Republic*, 2005 ICSID, paragraphe 284.

Dans le cadre de l'ALENA, l'article 1105, intitulé « norme minimale de traitement » garantit aux investisseurs des autres parties « un traitement conforme au droit international, notamment un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité intégrale », ce qui a soulevé d'importantes interrogations. Les tribunaux ont, au début, fait différentes interprétations de cette disposition²⁰³, qui laissaient croire que le traitement juste et équitable se confondait totalement avec le droit coutumier, même si l'adverbe « notamment » vient semer un certain trouble²⁰⁴.

Afin de déterminer quelle était la bonne interprétation à lui donner, la commission du libre-échange de l'ALENA a jugé souhaitable de publier en juillet 2001 une interprétation obligatoire aux termes de laquelle, il est entendu que :

L'article 1105 (1) prescrit la norme minimale de traitement conforme au droit international coutumier à l'égard des étrangers comme norme minimale de traitement à accorder aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre partie. Les concepts de « traitement juste et équitable » et de « protection et sécurité intégrales » ne prévoient pas de traitement supplémentaire ou supérieur à celui exigé par la norme minimale de traitement conforme au droit international coutumier à l'égard des étrangers. Considérant la signification et les implications de l'interprétation de la Commission du libre-échange dans le cadre de l'ALENA relativement à l'affaire ADF Group Inc. Contre les États-Unis d'Amérique, les États-Unis ont fait observer que le droit international coutumier auquel il est fait référence à l'article 1105(1) de l'ALENA n'est pas figé dans le temps et que la norme minimale de traitement évolue.

Certains traités de protection ont adopté une approche similaire, celle de l'assimilation au droit coutumier. C'est le cas par exemple du modèle français de traité bilatéral dont l'article 4 comporte l'engagement à garantir un « traitement juste et équitable conformément aux principes du droit international aux investissements des investisseurs de l'autre partie et à faire en sorte que l'exercice du droit ainsi reconnu ne soit entravé ni en droit, ni en fait »²⁰⁵. Il convient toutefois de préciser que tous les traités ne sont pas

²⁰³ OCDE, préc., note 197 à la page 93.

²⁰⁴ NANTEUIL, A. de, préc., note 82, p. 370.

²⁰⁵ Article 4 *Réf.: OACC/ APPI MODELE TYPE FR 14 02 2006*, préc., note 151.

rédigés de la sorte ; d'autres mentionnent la norme de traitement justice et équitable sans faire référence au droit international général.

D'autres auteurs, cependant, pensent que la norme du traitement juste et équitable serait autonome et détachée de la norme minimale de traitement en ce sens qu'elle irait au-delà de ce qui est requis par le droit international coutumier. Le fait que les parties au TBI mentionnent expressément qu'elles garantissent aux investisseurs étrangers un traitement juste et équitable alors qu'elles auraient pu faire un simple renvoi au droit international et notamment à la norme minimale de traitement montre bien qu'il s'agit d'une norme autonome intégrée à un traité. En d'autres termes, la présence d'une norme dans un traité témoigne de son absence de dimension coutumière²⁰⁶.

Certains tribunaux ont affirmé l'autonomie du standard de traitement juste et équitable au regard du droit international coutumier. C'est le cas notamment dans l'affaire *Saluka Investments BV c. République tchèque*, où le tribunal arbitral a rejeté l'argument selon lequel la règle du traitement juste et équitable figurant à l'article 3.1 du TBI Pays-Bas – République tchèque soit synonyme de standard minimum international et a en outre considéré qu'il s'agissait d'une règle autonome²⁰⁷. De même, dans l'affaire *Sempra Energy International c. République d'Argentine*, le tribunal a également refusé de relier le traitement juste et équitable au standard minimum de traitement du droit international coutumier²⁰⁸. Enfin dans l'affaire *Enron Corporation and Ponderosa Assets L.P.*, le tribunal a conclu que la norme de traitement juste et équitable peut également exiger un traitement supplémentaire ou au-delà de celui du droit coutumier²⁰⁹.

²⁰⁶ NANTEUIL, A. de, préc., note 82, p. 367.

²⁰⁷ "Whichever the difference between the customary and the treaty standards may be, this Tribunal has to limit itself to the interpretation of the « fair and equitable treatment » standard as embodied in Article 3.1 of the Treaty. That Article omits any express reference to the customary minimum standard. The interpretation of Article 3.1 does not therefore share the difficulties that may arise under treaties (such as the NAFTA) which expressly tie the « fair and equitable treatment » standard to the customary minimum standard. Avoidance of these difficulties may even be regarded as the very purpose of the lack of a reference to an international standard in the Treaty. This clearly points to the autonomous character of a fair and equitable treatment standard such as the one laid down in Article 3.1 of the Treaty" *Saluka Investments BV c. République tchèque*, CNUDCI, sentence partielle du 17 mars 2006, , paragraphe 294.

²⁰⁸ *Sempra Energy International c. Argentine*, affaire n° CIRDI ARB/02/16 sentence du 28 septembre 2007, , paragraphe 302. *Sempra Energy International c. Argentine*, affaire n° CIRDI ARB/02/16 sentence du 28 septembre 2007, paragraphe 302.

²⁰⁹ « The Tribunal concludes that the fair and equitable standard, at least in the context of the Treaty applicable to this case, can also require a treatment additional to, or beyond that of, customary law. The very fact that recent FTC

Bien que certains tribunaux aient affirmé l'autonomie du standard de traitement juste et équitable au regard du droit, nous sommes d'avis que cette autonomie n'est pas totale, pour ne pas dire qu'elle est inexistante. Le traitement juste et équitable est un principe du droit international général. Bien qu'il soit communément admis que le traitement conventionnel est plus protecteur que le traitement coutumier, nonobstant le caractère évolutif de ce dernier, ce n'est cependant pas suffisant pour rompre le lien existant entre les deux standards puisque la base du traitement juste et équitable est précisément constituée par les principes coutumiers de protection des étrangers²¹⁰. Il existe bel et bien un « noyau commun » qui n'est rien d'autre qu'un « noyau minimum²¹¹ ». C'est ainsi par exemple, que le déni de justice est interdit au titre des deux standards qui partagent donc une base commune²¹².

Quel est le contenu du standard de traitement justice et équitable ?

Le standard de traitement juste et équitable est caractérisé par le fait que son contenu est indéterminé. Nonobstant le fait que la plupart des traités de protection des investissements exigent que les investisseurs et les investissements reçoivent un « traitement juste et équitable », il n'existe aucun consensus général sur la signification de ce standard²¹³. Le traitement juste et équitable n'est pas défini avec précision dans la plupart des traités d'investissements²¹⁴. Concernant l'imprécision liée au contenu de ce standard, le professeur Juillard écrit qu'elle « ne fait que mettre en lumière l'incapacité où se sont trouvés les États à donner un contenu à ce principe »²¹⁵.

Un effort de précision a été par ailleurs constaté dans les récents traités d'investissements. Ainsi, l'article 8.10 paragraphe 2 de l'AECG dispose qu'une partie viole l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable,

interpretations or investment treaties have purported to change the meaning or extent of the standard only confirms that those specific instruments aside, the standard is or might be a broader one » *Enron Corporation et Ponderosa Assets, L.P c. Argentine, Affaire n° ARB/01/3, sentence du 22 mai 2007*, préc., note 189.

²¹⁰ NANTEUIL, A. de, préc. note 82, p. 372.

²¹¹ JUILLARD, P., préc., note 43 à la page 133.

²¹² NANTEUIL, A. de, préc., note 82, p. 372.

²¹³ OCDE, préc., note 197 à la page 115.

²¹⁴ MUCHLINSKI, P., « *Multinational Enterprises and the Law* », 1995, 625 cité par ; OCDE, préc., note 196 à la page 115.

²¹⁵ JUILLARD, P., préc., note 43 à la page 133.

lorsqu'une mesure ou une série de mesures constitue : a) un déni de justice dans les procédures pénales, civiles ou administratives ; b) une violation fondamentale du principe de l'application régulière de la loi, y compris une violation fondamentale de la transparence, dans les procédures judiciaires et administratives ; c) un cas d'arbitraire manifeste ; d) une discrimination ciblée basée sur des motifs manifestement illicites, comme le sexe, la race ou les croyances religieuses ; e) un traitement abusif des investisseurs, tel que la coercition, la contrainte et le harcèlement ; f) un manquement à tout autre élément de l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable adopté par les parties conformément au paragraphe 3 du présent article²¹⁶.

Même lorsque la formulation du standard est accompagnée des précisions permettant de mieux en cerner les cas potentiels d'application, il n'en reste pas moins que le concept est lâche et qu'il ne permet pas d'identifier, *a priori* et avec une grande certitude, le comportement que l'État d'accueil doit adopter vis-à-vis d'un investisseur étranger²¹⁷. Pour remédier à cette situation, certains tribunaux se sont efforcés à déterminer ou à identifier ce qu'il convient d'entendre par traitement juste et équitable. En dépit des différentes formulations de cette norme d'un TBI à l'autre, il est aujourd'hui possible, grâce aux interprétations convergentes des tribunaux, d'identifier un certain nombre d'éléments qui composent le standard de traitement juste et équitable. La jurisprudence arbitrale a permis de dégager ses principales composantes à travers certaines situations factuelles typiques.

On y retrouve d'abord, l'interdiction du déni de justice et l'obligation d'assurer à l'investisseur étranger une procédure régulière, non arbitraire et non discriminatoire. Le déni de justice est reconnu par le droit international coutumier et peut être constitué, au sens large, par « tout agissement arbitraire d'un pouvoir de l'État vis-à-vis d'un étranger, que ce comportement soit imputable à la branche exécutive, législative ou judiciaire »²¹⁸. Au sens strict ou plus étroit, cette notion renvoie « exclusivement au comportement du pouvoir judiciaire, ce qui impliquerait deux significations : soit simplement d'assurer l'accès de tous au juge et le bénéfice d'une décision, soit de veiller en outre à ce que le juge statue sur le fond de manière non arbitraire, assurant ainsi à l'étranger contre toute

²¹⁶ Article 8.10 par.2 point a à f *AECG*, préc., note 111.

²¹⁷ AUDIT, M., BOLLEE, S. et CALLE, P., préc., note 52, p. 263.

²¹⁸ NANTEUIL, A. de, préc., note 82, p. 375.

décision injuste »²¹⁹. Si l'on analyse les décisions rendues par les tribunaux arbitraux, c'est entre ces deux dernières acceptions que les arbitrages se fondent pour trancher de l'existence d'un déni de justice dans le cadre de la violation du standard de traitement juste et équitable²²⁰.

Ensuite, l'obligation d'agir de manière cohérente et transparente au titre de traitement juste et équitable a été acceptée par les tribunaux arbitraux. Elle implique que l'État adopte des mesures que l'investisseur était en mesure de prévoir, conformément à ses attentes légitimes, ce qui permet de lui assurer une certaine prévisibilité ainsi qu'une stabilité suffisante. Cette obligation a été reconnue dans l'affaire *Metalclad c. Mexique*²²¹, qui reposait sur la contradiction de deux décisions des autorités mexicaines. En effet, l'investisseur avait obtenu de la part de l'État fédéral un permis d'exploitation, qui lui fut refusé par l'entité fédérée où l'investissement devait se réaliser. Le tribunal a jugé que l'absence de toute règle claire sur la nécessité ou le processus d'obtention d'un permis de construction dans la municipalité constituait une violation de l'article 1105 relatif au traitement juste et équitable. Le Mexique n'a pas assuré un cadre transparent et prévisible pour la planification des activités et les investissements de Metalclad. Mais cette décision fut annulée quelques années plus tard par la Cour suprême de Colombie Britannique jugeant que la transparence n'était pas mentionnée par le chapitre 11 de l'ALENA et que le tribunal avait sur ce point commis un excès de pouvoir.

La violation du traitement juste et équitable repose également sur la preuve d'un harcèlement physique ou moral de l'investisseur²²². Pour qu'elle soit retenue comme une violation de ce standard, le harcèlement doit être clairement prouvé, revêtir un caractère systématique²²³ et demeurer surtout sans justification valable²²⁴.

Enfin, la protection des attentes légitimes de l'investisseur constitue aujourd'hui l'un des principaux éléments de la norme du traitement juste et équitable. En règle

²¹⁹ *Id.*

²²⁰ *Vivendi c. Argentine, Affaire CIRDI n° ARB/03/19, 21 novembre 2000, .*

²²¹ *Metalclad Corporation c. Mexique, Affaire CIRDI n° ARB(AF)/97/1, sentence du 30 août 2000, .*

²²² *Desert Line Projects LLC c. Yemen, Affaire CIRDI n° ARB/05/17, 6 février 2008, paragraphe 193; NANTEUIL, A. de, préc., note 82, p. 383.*

²²³ *Waguih elie george siag c. Egypte, Affaire n° ARB/05/15, 1 juin 2009, paragraphe 450.*

²²⁴ *Rompetrol Group NV c. Roumanie, Affaire CIRDI n° ARB/06/3, 6 mai 2013, paragraphe 277.*

générale, les tribunaux ont estimé que le traitement juste et équitable impose à l'État de respecter ses engagements ou les apparences de nature à faire naître des attentes chez les investisseurs étrangers. Dans la décision *LG&E Energy c. Argentine* de 2006²²⁵, le tribunal arbitral a estimé que la notion faisait partie de la définition de la norme du traitement juste et équitable. En d'autres termes, la norme du traitement juste et équitable impliquait de prendre en compte les attentes légitimes de l'investisseur. De même, dans la décision *Saluka c. République tchèque*, le tribunal a souligné que le standard du traitement juste et équitable est étroitement lié à la notion d'attentes légitimes qui en constitue le principal élément²²⁶.

Pour conclure, le traitement juste et équitable est une norme évolutive²²⁷ et flexible susceptible d'englober un panel de comportements étatiques très variés²²⁸. Son contenu normatif est constamment élargi pour inclure de nouveaux éléments. En raison de cette flexibilité, c'est la norme du traité la plus invoquée dans l'arbitrage entre investisseurs-États²²⁹. Les comportements susceptibles d'être considérés par la jurisprudence comme constituant des manquements par un État à la règle de traitement juste et équitable posée par un TBI peuvent être regroupés en deux : d'une part les actes de l'État d'accueil portant directement atteinte aux actifs ou aux intérêts de l'investisseur étranger et d'autre part, ceux qui heurtent ses attentes légitimes.

§4. La protection contre l'expropriation et la nationalisation

Les traités en matière d'investissement prévoient un dispositif spécifique en matière de nationalisation et d'expropriation. Au regard du droit international public et à la différence des droits internes, les deux notions ne font pas l'objet d'un régime juridique distinct²³⁰. L'ensemble des traités que nous avons rencontrés, en effet, paraissent assimiler parfaitement les deux notions en les soumettant à un régime juridique strictement identique. Il n'y aurait donc pas d'intérêt à distinguer deux qualifications

²²⁵ *LG&E Energy Corp., et al. c. Argentine, Affaire CIRDI n° ARB/02/1 décision sur la responsabilité, 3 octobre 2006.*

²²⁶ *Saluka Investments BV c. République tchèque, CNUDCI, sentence partielle du 17 mars 2006, préc., note 207.*

²²⁷ NANTEUIL, A. de, préc. note 82, p. 372.

²²⁸ AUDIT, M., BOLLEE, S. et CALLE, P., préc., note 52, p. 263.

²²⁹ *Id.*

²³⁰ *Id.*, p. 268.

juridiques si cette distinction n'emporte pas de conséquences sur le régime applicable : intérêt exclusif de la qualification juridique d'une situation tient, en effet, à la détermination du régime applicable²³¹. Puisque le régime de l'expropriation et celui de la nationalisation sont analogues en droit international, la différenciation des notions semble dépourvue d'intérêt²³².

Lorsque le titulaire originaire du droit de propriété est un investisseur étranger, il peut bénéficier d'une protection particulière offerte par le TBI conclu avec son État d'origine, lorsque celle-ci existe. En principe, les traités en matière d'investissements n'interdisent pas le recours à la nationalisation ou à l'expropriation. Cela est issu du droit international coutumier, qui reconnaît le droit souverain des États à l'expropriation²³³. Ainsi, les États ont le droit de procéder à des telles mesures mais l'exercice de ce droit est subordonné au respect de certaines conditions de légalité ou de licéité, traditionnellement au nombre de trois²³⁴. L'expropriation doit être faite dans l'intérêt public, être non discriminatoire, et donner lieu au paiement d'une indemnisation²³⁵.

Le modèle français de TBI prévoit ainsi que les États parties ne prennent pas de mesures d'expropriation ou de nationalisation ou toutes autres mesures dont l'effet est de déposséder, directement ou indirectement, les nationaux et sociétés de l'autre État partie des investissements leur appartenant sur leur territoire, « si ce n'est pour cause d'utilité publique et à condition que ces mesures ne soient ni discriminatoires, ni contraires à un engagement particulier »²³⁶. En règle générale, mais ici comme ailleurs le contenu exact du TBI peut différer d'un traité à l'autre, la mesure doit être adoptée pour cause d'utilité publique, ne pas être discriminatoire et donner lieu au paiement d'une indemnité juste et préalable. Ces conditions s'appliquent tant aux mesures de nationalisation ou d'expropriation formellement reconnues comme telles par l'État d'accueil qui les édicte

²³¹ NANTEUIL, A. de, et LEBEN, C., *L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2014, p. 15.

²³² *Id.*

²³³ LEVESQUE, C., « Les fondements de la distinction entre l'expropriation et la réglementation en droit international », (2009) 33-1 *Revue générale de droit*, 46.

²³⁴ *Id.*

²³⁵ *Id.*, 46-47.

²³⁶ Article 6 alinéa 2 *Réf: OACC/ APPI MODELE TYPE FR 14 02 2006*, préc., note 151.

qu'aux mesures d'expropriation dites indirectes. Celles-ci sont de plus en plus fréquentes dans la pratique et visent non pas à priver l'investisseur de son droit de propriété mais à le vider de sa substance²³⁷.

Outre les règles substantielles de protection des investissements, les traités de protections prévoient aussi certaines dispositions ou mesures politiques de protection des accords d'investissement, notamment par l'inclusion d'exceptions.

Section 2. Les exceptions aux accords internationaux d'investissement

Le nombre croissant des TBI ainsi que le mécanisme d'arbitrage investisseur-État ont fait craindre que la fonction de promotion et de protection des investissements du régime des AI n'entrave indûment la capacité des États à réglementer dans l'intérêt public²³⁸. Il se pose un problème d'équilibre entre les intérêts de la protection des investissements et le droit des États à réglementer. Certains États ont exprimé leur mécontentement en se retirant des AI ou en retirant leur consentement à l'arbitrage, tandis que d'autres ont inséré des dispositions dans les AI qui affirment leur droit de réglementer. L'une des principales préoccupations est que les AI restreignent excessivement le droit des États hôtes à réglementer dans l'intérêt public. Le problème n'est pas nouveau, mais découle plutôt de la complexité croissante des différends relatifs aux investissements²³⁹.

En effet, les AI ont d'abord été perçus comme des instruments visant à protéger uniquement et exclusivement les droits des investisseurs. Peu à peu, cependant, ces instruments ont commencé à être perçus différemment et ils ont commencé à inclure davantage d'exceptions axées sur la politique publique en s'inspirant souvent des clauses d'exception de l'article XIV de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) et

²³⁷ AUDIT, M., BOLLEE, S. et CALLE, P., préc. note 52, p. 269.

²³⁸ NEWCOMBE, A., « General Exceptions in International Investment Agreements », *Draft Discussion Paper Prepared for BIICL Eighth Annual WTO Conference 13th and 14th May 2008, London 2008*, 1.

²³⁹ SABANOULLARI, L., « Le bien-fondé et les limites des clauses d'exception générale dans la pratique actuelle des traités d'investissement », *Investment Treaty News* (21 mai 2015), en ligne : <<https://www.iisd.org/itn/fr/2015/05/21/the-merits-and-limitations-of-general-exception-clauses-in-contemporary-investment-treaty-practice/>>.

principalement de l'article XX de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT).

La nécessité de tenir compte de cet équilibre (ou des politiques publiques) par le biais de dispositions substantielles des AII explique pourquoi les clauses d'exceptions générales dans les TBI sont devenues beaucoup plus courantes ces dernières années²⁴⁰. Auparavant traitées par des préambules ou des clauses implicites de politique publique dans les TBI, la pratique actuelle se développe rapidement avec de nombreuses clauses d'exceptions inscrites dans un certain nombre de TBI récents ou des chapitres sur l'investissement dans les principaux accords commerciaux ainsi que des modèles de TBI d'un certain nombre d'États²⁴¹.

Bien que l'inclusion des clauses d'exception dans les AII ne soit pas un phénomène nouveau²⁴², elles ont par ailleurs acquis une dimension renouvelée. En d'autres termes, ces clauses ont connu ces dernières années un regain d'intérêt, à travers, d'une part la réactivation des circonstances d'exclusion de l'illicéité codifiées par la commission du droit, en particulier sous l'effet de la crise argentine du début des années 2000 et d'autre part, avec la montée en puissance de la prise de conscience écologique et les contestations politiques²⁴³.

Par définition, les clauses d'exception sont des clauses contenues dans les AII dont l'invocation empêche une mesure de politique publique de constituer une violation des obligations d'un État en cette matière. Les exceptions sont devenues un mécanisme de plus en plus populaire dans les traités d'investissement, apparaissant dans 43 % des accords d'investissement conclus entre 2011 et 2016, contre 7 % des accords signés entre 1959 (lorsque le premier traité d'investissement a été signé) et 2010²⁴⁴. L'augmentation significative de leur prévalence suggère que les gouvernements qui

²⁴⁰ MESTRAL, A. de, et VANHONNAEKER, L., « Exception Clauses in Mega-Regionals (International Investment Protection and Trade Agreements) », dans RENSMANN, T. (dir.), *Mega-Regional Trade Agreements*, Cham, Springer International Publishing, 2017, p. 75-119 à la page 81, DOI : 10.1007/978-3-319-56663-4_5.

²⁴¹ *Id.*

²⁴² *Id.* à la page 75.

²⁴³ NANTEUIL, A. de, préc., note 82, p. 449.

²⁴⁴ UNCTAD (dir.), *Investment and the digital economy*, coll. World investment report, n°2017, New York Geneva, United Nations, 2017, p. 122 tbl. III.4.

négocient de nouveaux traités recherchent une plus grande assurance que les mesures de bien-être public seront à l'abri de toute responsabilité.

Les clauses d'exception ne sont pas du tout homogènes dans les traités, ce qui constitue un obstacle majeur dans la détermination de leur application et de leur effet, car cela diffère d'un cas à l'autre²⁴⁵. On distingue différents types d'exceptions dans les AI. En effet, « ces dispositions sont qualifiées de mesures non interdites (MNP) et servent de règles juridiques primaires qui limitent ou exemptent certaines mesures politiques de l'État de l'application du traité »²⁴⁶. Elles sont basées sur un modèle « d'interdiction ou restriction »²⁴⁷.

D'une manière générale ou selon le champ d'application des AI, les exceptions peuvent être regroupées en deux catégories : d'une part les exceptions générales (§1) et d'autre part les exceptions spécifiques (§2).

§ 1. Les exceptions générales

Par clauses d'exception générales, on entend un ensemble de clauses dont la portée n'est pas explicitement limitée à des obligations primaires spécifiques, qui couvrent des préoccupations de politique publique allant au-delà des questions d'ordre public et de sécurité, et qui permettent une mesure qui, autrement, constitue une violation du traité. En d'autres termes, ce sont des clauses de portée générale qui permettent de dégager les États de toute responsabilité au titre du traité pour les mesures d'intérêt public prises de bonne foi. Elles s'appliquent à l'ensemble des dispositions protectrices des investissements contenues dans le traité²⁴⁸.

Les AI contiennent des exceptions qui incorporent par référence ou s'inspirent généralement des exceptions générales de l'article XX de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT)²⁴⁹ et l'article XIV de l'Accord général sur le commerce

²⁴⁵ ALCOLEA, C., « The COVID-19 Crisis: Core Investment Law Issues Revisited », *Transnational Dispute Management* 2021, 14.

²⁴⁶ CORREA, C.M., SYAM, N. et URIBE, D., préc., note 19, 13.

²⁴⁷ *Id.*

²⁴⁸ SAÏDA, E.B., préc., note 13, 558.

²⁴⁹ Cet article dispose : « Sous réserve que les mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifié entre pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application

des services (AGCS)²⁵⁰, qui contiennent tous deux une exigence supplémentaire selon laquelle les mesures ne doivent pas être appliquées de manière arbitraire ou discriminatoire. Ces exceptions peuvent être incorporées en totalité ou en partie²⁵¹. C'est le cas par exemple, de l'article 28.3 de l'AEGC qui incorpore l'article XX du GATT²⁵².

Les questions traitées dans ce chapitre sont vastes et incluent une clause d'exceptions générales qui contient les exceptions traditionnelles trouvées dans d'autres accords et plus généralement les accords commerciaux – incluant la protection de la sécurité publique, de la vie ou de la santé humaine, animale ou végétale, mais aussi d'autres exceptions telles que la protection de la vie privée de l'individu à l'égard du traitement et de la diffusion de données à caractère personnel ou la protection de la sécurité²⁵³. Cette disposition au libellé large et son large champ d'application s'appliquent

de toute partie contractante des mesures : a) nécessaires à la protection de la moralité publiques ; b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux ; c) se rapportant à l'importation ou à l'exploitation de l'or ou de l'argent (...) f) imposées pour la protection de trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ; g) se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables, si de telles mesures sont appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales (...) »

²⁵⁰ Intitulé « exception générale », l'article XIV de l'ACGS dispose : « sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où des conditions similaires existent, soit une restriction déguisée au commerce des services, aucune disposition du présent accord ne sera interprétée comme empêchant l'adoption ou l'application par tout Membre de mesures : a) nécessaires à la protection de la moralité publique ou au maintien de l'ordre public; b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux; c) nécessaires pour assurer le respect des lois ou réglementations qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent accord, y compris celles qui se rapportent: i. à la prévention des pratiques de nature à induire en erreur et frauduleuses ou aux moyens de remédier aux effets d'un manquement à des contrats de services ; ii. à la protection de la vie privée des personnes pour ce qui est du traitement et de la dissémination de données personnelles, ainsi qu'à la protection du caractère confidentiel des dossiers et comptes personnels ; iii. à la sécurité ; d) incompatibles avec l'article XVII, à condition que la différence de traitement vise à assurer l'imposition ou le recouvrement équitable ou effectif (6) d'impôts directs pour ce qui est des services ou des fournisseurs de services d'autres Membres; e) incompatibles avec l'article II, à condition que la différence de traitement découle d'un accord visant à éviter la double imposition ou de dispositions visant à éviter la double imposition figurant dans tout autre accord ou arrangement international par lequel le Membre est lié. »

²⁵¹ MESTRAL, A. de, et VANHONNAEKER, L., préc., note 239 à la page 94.

²⁵² Article 28.3 (chapitre 28) – Exceptions générales dispose : « 1. Pour l'application de l'article 30.8.5 (Extinction, suspension ou incorporation d'autres accords existants), des chapitres Deux (Traitement national et accès aux marchés pour les marchandises), Cinq (Mesures sanitaires et phytosanitaires) et Six (Douanes et facilitation des échanges), du Protocole sur les règles d'origine et les procédures d'origine et des sections B (Établissement d'investissements) et C (Traitement non discriminatoire) du chapitre Huit (Investissement), l'article XX du GATT de 1994 est incorporé au présent accord et en fait partie intégrante. Les Parties comprennent que les mesures visées à l'article XX b) du GATT de 1994 englobent les mesures environnementales nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux. Les Parties comprennent que l'article XX g) du GATT de 1994 s'applique aux mesures pour la conservation des ressources naturelles épuisables, qu'elles soient biologiques ou non biologiques. » *AEGC*, préc., note 111.

²⁵³ MESTRAL, A. de, et VANHONNAEKER, L., préc., note 239 à la page 106.

à l'ensemble de cet accord de libre-échange, confirmant ainsi la tendance qui consiste à insérer des dispositions d'exceptions explicites dans les accords commerciaux²⁵⁴.

L'article 22 du modèle canadien de TBI donne aussi une bonne illustration d'une clause d'exception générale similaire à l'article XX du GATT. En effet, cette disposition modifiée de l'article XX du GATT s'applique de manière générale à toutes les obligations du traité type et couvre des questions telles que la protection de la vie ou de la santé des personnes et des animaux ou la préservation des végétaux.

Une formulation très proche de celle du modèle canadien est retenue dans l'ALE Australie-Chine²⁵⁵ à l'article 9.8 portant sur les « exceptions générales » avec néanmoins un nombre de domaines protégés plus important. En effet, cet article dispose que :

Aux fins du présent chapitre et sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées d'une manière qui constituerait une discrimination arbitraire ou injustifiable entre les investissements ou entre les investisseurs, ou une restriction déguisée au commerce ou à l'investissement international, aucune disposition du présent accord ne sera interprétée comme empêchant une partie d'adopter ou d'appliquer des mesures : (a) nécessaires à la protection de la vie ou de la santé humaine, animale ou végétale ; (b) nécessaires pour assurer le respect des lois et règlements qui ne sont pas incompatibles avec le présent accord ; (c) imposées pour la protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ; ou (d) relatives à la conservation des ressources naturelles épuisables vivantes ou non vivantes.

L'accord de libre-échange entre la Chine et la Nouvelle-Zélande, signé en avril 2008, incorpore par référence *mutatis mutandis* l'article XX du GATT de 1994 et l'article XIV de l'AGCS²⁵⁶. En revanche, l'Accord commercial Panama -Taïwan prévoit à l'article

²⁵⁴ *Id.*

²⁵⁵ Article 9.8 *Free Trade Agreement between the Government of Australia and the People's Republic of China*, en ligne : <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3454/download>>.

²⁵⁶ Le chapitre 17 prévoit les dispositions concernant les exceptions. Les exceptions générales pour les marchandises et les services sont maintenues par l'intégration dans l'Accord *mutatis mutandis* de l'article XX du GATT de 1994 et l'article XIV de l'AGCS. En outre, l'article XX b] du GATT de 1994 et l'article XIV b) de l'AGCS peuvent inclure des mesures environnementales, et l'article XX g] du GATT de 1994 s'applique à des mesures concernant la préservation des ressources naturelles vivantes et non vivantes épuisables. Les Parties ont aussi élargi le champ d'application de l'article XX f) du GATT de 1994, en ce sens qu'elles peuvent prendre les mesures nécessaires pour appuyer les créations artistiques de valeur nationale (article 200.3). De même, il est permis de prendre les mesures nécessaires pour limiter l'importation illicite de biens culturels de l'autre Partie au titre de la Convention de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de la propriété illicites des biens culturels (article 200.4 *Présentation factuelle Accord de libre-échange entre la Chine et la Nouvelle-Zélande (Marchandises et*

20.02 2) une incorporation partielle de l'article XIV de l'AGCS par renvoi. Enfin, l'article 1601 de l'accord de libre-échange entre la Thaïlande et l'Australie incorpore *mutatis mutandis* l'article XIV de l'AGCS et l'article XX e) à g) du GATT.

Parfois, nous retrouvons aussi des All qui contiennent des exceptions générales, ne faisant pas référence expresse aux articles XX du GATT et XIV de l'AGCS. C'est le cas de l'article 19 du chapitre sur investissements de l'ALE entre Australie et Singapour²⁵⁷.

Les clauses d'exception ont pour objectif de permettre à l'État d'adopter les mesures nécessaires à la satisfaction de l'intérêt général sur leur territoire, sans avoir à en assumer les éventuelles conséquences auprès d'un investisseur étranger. Ces clauses partagent en général trois éléments : 1° une liste exhaustive des objectifs politiques autorisés ; par exemple, la protection de la santé ou de la vie humaine, animale ou végétale, ou la préservation des ressources naturelles ; 2° une prescription de lien, démontrant le lien requis entre la mesure d'un État et un objectif autorisé ; l'on trouve fréquemment les termes « nécessaire à », « relatif à » et « conçue et appliquée aux fins de » indiquant ce lien ; et, 3° l'interdiction d'appliquer la clause de manière discriminatoire ou arbitraire²⁵⁸.

services) Rapport du Secrétariat, WT/REG266/1, Organisation Mondiale du Commerce, 2010, en ligne : <<https://docsonline.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=R:/WT/REG/266-1.pdf&Open=True>>.

²⁵⁷ Article 19 de l'ALE Singapour-Australie, Chapitre sur l'investissement : Exceptions générales « Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les Parties où des conditions similaires existent, soit une restriction déguisée aux investissements faits sur le territoire d'une Partie par des investisseurs de l'autre Partie, aucune disposition du présent chapitre ne sera interprétée comme empêchant l'adoption ou l'application par une Partie de mesures : a) nécessaires à la protection de la moralité publique ou au maintien de l'ordre public ; b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux ; c) nécessaires pour assurer le respect des lois ou réglementations qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent chapitre, y compris celles qui se rapportent : i) à la prévention des pratiques de nature à induire en erreur et frauduleuses ou aux moyens de remédier aux effets d'un manquement à un contrat ; ii) à la protection de la vie privée des personnes pour ce qui est du traitement et de la dissémination de données personnelles, ainsi qu'à la protection du caractère confidentiel des dossiers et comptes personnels ; iii) à la sécurité ; d) imposées pour la protection de trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique » *Accord de libre-échange entre Singapour et l'Australie*.

²⁵⁸ SABANOULLARI, L., préc., note 238.

§ 2. Les exceptions spécifiques

Ces exceptions sont qualifiées de spécifiques parce qu'elles s'attachent à un standard de protection en particulier et ne s'appliquent pas à l'ensemble des dispositions du traité comme c'est le cas des exceptions générales.

Nous pouvons retrouver un exemple d'exception spécifique à l'article 9.3 du modèle canadien de l'APIE qui dispose :

Une expropriation indirecte au sens du paragraphe 1 peut se produire lorsqu'une mesure ou une série de mesures d'une partie ont un effet équivalent à une expropriation directe sans qu'il y ait transfert formel d'un titre de propriété ou saisie pure et simple. Une mesure non discriminatoire d'une partie qui est adoptée et maintenue de bonne foi pour protéger des objectifs légitimes de bien-être public, notamment en matière de santé, de sécurité et d'environnement, ne constitue pas une expropriation indirecte, même si elle a un effet équivalent à une expropriation directe.

On retrouve également une disposition équivalente à celle-ci dans l'article 8.3 de l'AECG : « Sauf dans de rares circonstances où l'impact d'une mesure ou d'une série de mesures est si grave au regard de leur but qu'elles semblent manifestement excessives, les mesures non discriminatoires d'une partie qui sont conçues et appliquées afin de protéger des objectifs légitimes de bien-être public, notamment en matière de santé, de sécurité et d'environnement, ne constituent pas une expropriation indirecte »²⁵⁹.

Les traités de protection des investissements ont souvent prévu des exceptions à l'application des clauses du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée²⁶⁰. Ces exceptions sont d'une part, relatives aux avantages accordés au titre de groupement régionaux, d'autre part les exceptions liées aux faveurs concédées dans le domaine fiscal.

S'agissant des exceptions fiscales, il est vrai qu'elles ne figurent pas forcément dans tous les TBI, mais il s'agit sans doute de l'exception spécifique la plus fréquente, même si elle est exprimée suivant des modalités différentes qui ne correspondent pas toujours

²⁵⁹ Article 8.3 *AECG*, préc., note 111.

²⁶⁰ SAÏDA, E.B., préc., note 13, 557.

à l'exclusion totale²⁶¹. La raison principale qui sous-entend cette exclusion est le fait que la fiscalité est une matière particulièrement sensible, dans laquelle la plupart des États souhaitent encore conserver leur souveraineté²⁶². À titre illustratif, notons que l'article 21 du modèle américain de TBI contient une exception fiscale.

En ce qui concerne les mesures prudentielles de régulation financière, à l'instar des exceptions fiscales, les États considèrent souvent qu'il est important de s'assurer explicitement qu'ils conservent le plein pouvoir de réglementer les transactions financières et de maintenir un large pouvoir discrétionnaire à cet égard²⁶³. Un exemple d'exception prudentielle se trouve à l'article 13.16 de l'AECG²⁶⁴.

Il en est de même des exceptions spécifiques que contient l'article 13.17 de l'AECG, *Exceptions spécifiques* du chapitre sur les services financiers, chapitre 13, qui porte sur les « mesures prises par une entité publique dans la poursuite de politiques monétaires ou de taux de change » et l'accès aux financements information ou encore l'article 8.15, *Réserves et exceptions* du chapitre sur les investissements, chapitre 8.

Des exceptions spécifiques dans les chapitres sur les investissements peuvent également être relevées à l'article 8.5 sur les exigences de résultats, l'article 8.13 sur les transferts financiers et l'article 8.2 (3) qui prévoit que : « Pour la partie UE, les sections B et C ne s'appliquent pas à une mesure relative aux services audiovisuels. Pour le Canada, les sections B et C ne s'appliquent pas à une mesure relative aux industries culturelles ».

²⁶¹ NANTEUIL, A. de, préc., note 82, p. 456.

²⁶² MESTRAL, A. de, et VANHONNAEKER, L., préc., note 239 à la page 86; NANTEUIL, A. de, préc., note 82, p. 456.

²⁶³ MESTRAL, A. de, et VANHONNAEKER, L., préc., note 239 à la page 86.

²⁶⁴ Cet article dispose « 1. Le présent accord n'a pas pour effet d'empêcher une Partie d'adopter ou de maintenir des mesures raisonnables pour des raisons prudentielles, incluant : la protection des investisseurs, des déposants, des titulaires de police ou des personnes envers lesquelles une institution financière, un fournisseur de services financiers transfrontières ou un fournisseur de services financiers a une obligation fiduciaire; le maintien de la sécurité, de la solvabilité, de l'intégrité ou de la responsabilité financière d'une institution financière, d'un fournisseur de services financiers transfrontières ou d'un fournisseur de services financiers; la préservation de l'intégrité et de la stabilité du système financier d'une Partie. 2. Sans préjudice d'autres moyens de réglementation prudentielle du commerce transfrontières des services financiers, une Partie peut exiger l'enregistrement des fournisseurs de services financiers transfrontières de l'autre Partie et des instruments financiers. 3. Sous réserve des articles 13.3 et 13.4, une Partie peut, pour des raisons prudentielles, interdire une activité ou un service financier particulier. Cette interdiction ne s'applique pas à l'ensemble des services financiers ou d'un sous-secteur de services financiers, comme les services bancaires. » *AECG*, préc., note 111.

Il convient de noter que l'AECG met l'accent sur l'importance de protéger à la fois les normes environnementales et les normes du travail. À cet égard, l'AECG contient un chapitre *commerce et environnement* (chapitre 24), un chapitre *commerce et travail*, (chapitre 23), ainsi qu'un chapitre *commerce et développement durable* (chapitre 22). En outre, de nombreuses dispositions d'autres chapitres prévoient des exceptions pour protéger ces valeurs²⁶⁵.

Une dernière exception spécifique qui mérite l'attention est l'exception à la clause de la nation la plus favorisée qui permet à une partie de déroger à la norme de non-discrimination si cela est nécessaire pour la protection de l'ordre public, de la santé publique ou de la moralité publique. Les exceptions générales du chapitre 28 de l'AECG qui s'appliquent aux dispositions NPF, l'AECG fournissent des orientations importantes et spécifiques sur la manière dont le traitement NPF doit être compris, qui exclut toute possibilité d'invoquer des avantages procéduraux.

L'article 8.7 (4) dispose :

Il est entendu que le « traitement » mentionné aux paragraphes 1 et 2 n'englobe pas les procédures de règlement des différends relatifs aux investissements entre investisseurs et États prévues dans d'autres traités internationaux sur l'investissement et dans d'autres accords commerciaux. Les obligations de fond contenues dans d'autres traités internationaux sur l'investissement et dans d'autres accords commerciaux ne constituent pas en elles-mêmes un « traitement », et ne peuvent donc pas donner lieu à une violation du présent article, en l'absence de mesures adoptées ou maintenues par une partie au titre de ces obligations.

Les exceptions aux clauses NPF traduisent également l'approche différente des exceptions liées à la politique publique adoptée par les pays qui font partie d'un accord régional plus large, comme l'Union européenne²⁶⁶. Ces exceptions évitent d'obliger un membre d'un accord d'intégration économique régionale à étendre les privilèges de l'accord régional aux investisseurs d'un pays non-membre²⁶⁷.

²⁶⁵ Par exemple, l'article 8.4(2)(d) (chapitre 8) de l'AECG et le préambule de l'Accord; cité par MESTRAL, A. de, et VANHONNAEKER, L., préc., note 239 à la page 107.

²⁶⁶ *Id.* à la page 108.

²⁶⁷ *Id.*

En principe, l'inclusion d'exceptions dans les AII devrait éviter d'engager la responsabilité internationale pour l'adoption de mesures par l'État, qui sont liées aux objectifs décrits comme MNP dans l'accord. Cependant, « le langage ambigu qui est utilisé de temps à autre dans ces dispositions et l'inclusion de normes de discrimination arbitraire ou injustifiable ont permis aux tribunaux RDIE d'examiner de plus en plus la portée et les effets des dispositions MNP, transformant ainsi l'exception en une défense affirmative des États pour manquement aux obligations découlant de l'accord international d'investissement, avec le risque de rendre les MNP moins efficaces ²⁶⁸».

Après ce survol du contenu des traités internationaux d'investissement, en passant l'historique et les sources du droit international des investissements, nous allons analyser, dans la seconde partie de notre travail, l'incidence de l'arbitrage investisseur-État en période de crise de Covid-19.

²⁶⁸ CORREA, C.M., SYAM, N. et URIBE, D., préc., note 19, 13.

PARTIE II.

INCIDENCE DE L'ARBITRAGE INVESTISSEUR-ÉTAT SUR L'ACTION ÉTATIQUE EN PÉRIODE DE CRISE SANITAIRE COVID-19

Dans le contexte de la pandémie Covid-19, la majorité des États à travers le monde ont adopté des mesures pour faire face à la crise, freiner la propagation du virus et ainsi protéger la santé publique. Ces mesures, bien que nécessaires et d'intérêt public, ne sont pas sans conséquences sur les investisseurs étrangers qui pourraient par la suite recourir à l'arbitrage investisseur-État afin de se voir dédommagés des éventuelles pertes subies.

Dans cette partie, nous analyserons d'abord les mesures que les États ont adoptées pour faire face aux impacts sanitaires et économiques du Covid-19 et les fondements potentiels des réclamations des investisseurs États (chapitre 1); nous examinerons ensuite les moyens de défense des États (chapitre 2).

CHAPITRE I. IDENTIFICATION DES MESURES ÉTATIQUES PRISES POUR LUTTER CONTRE LA PANDÉMIE COVID-19 ET FONDEMENTS POTENTIELS DES RÉCLAMATIONS DES INVESTISSEURS ÉTRANGERS

Dans ce chapitre, nous examinerons d'abord les mesures adoptées par les États pour faire face à la crise sanitaire (section 1), ensuite les fondements potentiels des réclamations (section 2) et enfin la doctrine de *police powers* ou droit de réglementer des États (section 3).

Section 1. Mesures réglementaires des États affectant les investisseurs étrangers pendant la pandémie

La nature sans précédent de la pandémie a obligé les États du monde entier à prendre des mesures d'urgence pour lutter contre la propagation de la maladie, et protéger la santé publique, tout en essayant de faire face aux crises économiques et sociales connexes. Ces mesures sont de nature et de portée diverses²⁶⁹. Elles impliquent principalement la distanciation sociale, les quarantaines obligatoires, l'isolement, l'interdiction des rassemblements, sports et autres événements de masse²⁷⁰, les fermetures d'écoles, les fermetures des frontières, les fermetures des entreprises jugées non essentielles²⁷¹, la nationalisation temporaire des hôpitaux privés²⁷², les restrictions imposées aux entreprises (par exemple les restaurants n'étant autorisés à fonctionner qu'à moitié pleins ou n'étant autorisés proposer qu'un service de plats à emporter), les restrictions sur les licenciements d'employés, l'interdiction temporaire pour les concessionnaires de percevoir des péages sur les routes à péage²⁷³. Certains États ont

²⁶⁹ CNUCED, préc., note 92.

²⁷⁰ « Coronavirus : quels sont les pays confinés ? », *Tv5 monde* (2020), en ligne : <<https://information.tv5monde.com/info/coronavirus-quels-sont-les-pays-confines-352330>>.

²⁷¹ « Le gouvernement du Québec ordonne la fermeture des commerces et services non prioritaires ou essentiels », *Fasken* (25 mars 2020), en ligne : <<https://www.fasken.com/fr/knowledge/2020/03/24-covid-19-le-gouvernement-du-quebec-ordonne-la-fermeture>>.

²⁷² « Spain nationalizes private hospitals to combat coronavirus outbreak », *Dailynews* (16 mars 2020), en ligne : <<https://www.nydailynews.com/coronavirus/ny-coronavirus-spain-privatizes-hospitals-outbreak-20200316-4nhlxys3jhfxxw7wgjbore3y-story.html>>.

²⁷³ Par exemple, le Congrès du Pérou a approuvé un projet de loi qui suspendrait la perception des frais pour les routes à péage exploitées par les opérateurs privés afin de promouvoir la libre circulation des biens et travailleurs essentiels au sein du pays. « Coronavirus: Congreso aprueba dejar sin efecto cobro de peajes administrados por concesionarias

également imposé des restrictions sur les exportations de fournitures médicales²⁷⁴, médicaments²⁷⁵ et aliments²⁷⁶.

Les États ont aussi pris des mesures d'urgence afin de réduire, au moins temporairement, les effets socio-économiques néfastes de la pandémie²⁷⁷. La Chine, par exemple, avait émis 4.811 attestations de force majeure afin de limiter la responsabilité des entreprises chinoises incapables de remplir leurs obligations contractuelles²⁷⁸. La Commission européenne a invité les pays membres de l'Union européenne à pratiquer le filtrage des investissements étrangers afin de préserver les entreprises de celle-ci dans des secteurs stratégiques tels que la santé, la biotechnologie et la recherche médicale.

Toutes ces mesures peuvent exposer les États à des poursuites des investisseurs étrangers.

Section 2. Fondements potentiels des réclamations des investisseurs étrangers

Dans la section précédente, nous avons vu que les États ont pris des mesures invasives en réponse à la pandémie de Covid-19 ; certaines de ces mesures peuvent donner lieu à des réclamations importantes en vertu des traités de protection

durante emergencia », *El comercio* (4 avril 2020), en ligne : <<https://elcomercio.pe/politica/congreso/coronavirus-peru-congreso-aprueba-dejar-sin-efecto-cobro-de-peajes-administrados-por-concesionarias-durante-emergencia-noticia/>>.

²⁷⁴ L'Italie, par exemple, a interdit l'"exportation des circuits respiratoires tout comme celle de masques ou de lunettes de protection" « Coronavirus : Rome saisit du matériel respiratoire en partance pour la Grèce », *Le figaro* (24 mars 2020), en ligne : <<https://www.lefigaro.fr/flash-eco/coronavirus-rome-saisit-du-materiel-respiratoire-en-partance-pour-la-grece-20200324>>; La France a réquisitionné 4 millions de masques appartenant à l'entreprise suédoise Mölnlycke, un géant du secteur médical spécialisé dans les produits jetables (masques, blouses pour bloc opératoires, etc.) « Guerre des masques entre la Suède et la France », *L'express* (1 avril 2020), en ligne : <https://www.lexpress.fr/actualite/monde/europe/requisition-et-indignation-partagee-la-guerre-des-masques-entre-la-suede-et-la-france_2122374.html>.

²⁷⁵ À titre illustratif, l'Inde a interdit toute exportation d'hydroxychloroquine « India Bans All Exports of Virus Drug Often Touted by Trump », *Bloomberg* (5 avril 2020), en ligne : <<https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-04-05/india-bans-all-exports-of-trump-s-game-changer-virus-drug>>.

²⁷⁶ Cambodge par exemple a interdit toute exportation de riz « Cambodia to ban some rice exports April 5 due to coronavirus », *Reuters* (30 mars 2020), en ligne : <<https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-cambodia-rice/cambodia-to-ban-some-rice-exports-april-5-due-to-coronavirus-idUSKBN21H1E6>>.

²⁷⁷ BERNASCONI-OSTERWALDER, N., BREWIN, S. et MAINA, N., « Protecting Against Investor–State Claims Amidst COVID-19: A call to action for governments », *International Institute for Sustainable Development (IISD)* (avril 2020), en ligne : <<https://www.iisd.org/system/files/publications/investor-state-claims-covid-19.pdf>>; « Covid-19 Government measures Dataset », *Acaps* (10 décembre 2020), en ligne : <<https://www.acaps.org/covid-19-government-measures-dataset>>.

²⁷⁸ BERNASCONI-OSTERWALDER, N. BREWIN, S. et MAINA, N., préc., note 276.

d'investissements. Ainsi que nous l'avons souligné dans la première partie de cette étude, ces traités incluent généralement un certain nombre de protections substantielles pour les investisseurs. Ceux-ci peuvent chercher à se prévaloir de ces protections pour tenter des actions contre les États et éventuellement contourner les juridictions nationales.

Si une mesure Covid-19 est contestée par un investisseur étranger, il s'agira de déterminer si elle est potentiellement en violation des dispositions de fond d'un traité d'investissement. Dans le cadre de l'urgence sanitaire actuelle, les investisseurs étrangers peuvent poursuivre les États pour expropriation (ou la nationalisation des actifs), puisque certains États ont adopté des lois permettant la réquisition de biens et de services par l'État en cas de besoin pour contrer la pandémie (§1).

Les investisseurs étrangers peuvent également alléguer que les mesures étatiques visant à répondre à la pandémie sont discriminatoires et violent ainsi les standards de traitement national, de traitement de la nation la plus favorisée (§2) ou de traitement juste et équitable (§3).

S'il peut être établi que la mesure est incompatible avec une obligation pertinente, une autre question est de savoir si l'État dispose d'une défense valable contre une réclamation. Cette question sera examinée plus tard.

§ 1. L'expropriation

Comme nous l'avons L'expropriation d'investissements étrangers par des États est généralement autorisée dans les AIIs à condition que l'expropriation est effectuée à des fins publiques, moyennant une indemnisation adéquate et conformément à la procédure régulière et de manière non discriminatoire

La notion d'expropriation est définie ou interprétée au sens large et comprend les expropriations indirectes qui se produisent lorsqu'un État prive substantiellement un investisseur de son investissement, sans transfert formel de titre ou saisie pure et simple de propriété. En d'autres termes, elle implique d'une manière générale des mesures qui laissent intact le titre de l'investisseur, c'est-à-dire qui n'entraînent pas le retrait du titre de propriété de l'investisseur, mais le privent de la possibilité d'utiliser l'investissement de

manière significative²⁷⁹ et rentable. L'investisseur perd donc sa capacité à exercer et à jouir des avantages économiques de l'investissement.

Dans le cadre des mesures Covid-19, des mesures telles que la reprise d'hôpitaux privés ou la saisie de fournitures d'entreprises sont des exemples évidents d'expropriation directe²⁸⁰. Les restrictions imposées aux entreprises, par exemple, en limitant les heures d'ouverture, en appliquant des réglementations de distanciation sociale qui réduisent le nombre de clients qu'une entreprise peut accueillir, en contrôlant les prix ou en empêchant une entreprise de facturer ses services, ainsi que les fermetures pures et simples d'entreprises, sont autant d'exemples potentiels de l'expropriation indirecte car elles privent l'investisseur de la possibilité d'utiliser l'investissement de manière significative²⁸¹.

La difficulté principale des mesures d'expropriation indirecte tient à ce qu'elles se caractérisent précisément par le fait qu'elles n'ont en elles-mêmes rien d'une expropriation, mais qu'elles produisent le même effet²⁸². A l'instar d'une expropriation, une mesure d'effet équivalent n'est pas elle-même illicite, elle est soumise aux mêmes conditions de licéité que l'expropriation, ce qui implique certaines complications du raisonnement face à ce type de mesures.

Il importe d'analyser les conditions de licéité internationale de l'expropriation (1), avant d'aborder les problèmes spécifiques liés à l'expropriation (2).

1. Les conditions de licéité internationale de l'expropriation

Le droit international des investissements reconnaît que le pouvoir réglementaire des États fait partie des prérogatives de puissance publique. Il a été énoncé en droit international que les États d'accueil ont le droit d'exproprier des actifs et de réglementer les activités relevant de leur juridiction si leur action est guidée par des motifs d'utilité publique, de sécurité ou d'intérêt national, reconnus comme primant les simples intérêts particuliers ou privés, tant nationaux qu'étrangers.

²⁷⁹ ALCOLEA, C., préc., note 244, 3.

²⁸⁰ *Id.*

²⁸¹ *Id.*

²⁸² NANTEUIL, A. de, préc. note 82, p. 395.

L'expropriation entendue dans son sens large n'est pas interdite en droit international, y compris dans les accords internationaux d'investissements. Elle est soumise à certaines conditions de licéité qui sont autant de garanties pour les investisseurs étrangers. Tout l'enjeu porte sur la définition exacte de ces conditions. Sur le principe, celles-ci ne soulèvent pas des grandes difficultés et sur ce point, les TBI sont particulièrement cohérents²⁸³. L'expropriation directe ainsi que les mesures qui lui sont équivalentes, sont soumises à des conditions identiques de licéité internationale. Ces conditions sont répétées, pratiquement sans modification dans différents instruments conventionnels²⁸⁴. C'est le cas par exemple de l'article 13 du traité sur la charte de l'énergie qui dispose : « Les investissements d'un investisseur d'une partie contractante réalisés dans la zone d'une autre partie contractante ne sont pas nationalisés, expropriés ou soumis à une ou plusieurs mesures ayant des effets équivalents à une nationalisation ou à une expropriation », sauf lorsque cette expropriation respecte les règles du droit international coutumier dans ce domaine (intérêt public, procédure régulière, non-discrimination et indemnisation). On retrouve la même formulation, à quelques différences près, dans les instruments bilatéraux de promotion et de protection des investissements²⁸⁵.

Au regard de ce qui précède, il est établi d'une manière générale que dans les traités de protection des investissements, chaque État a le droit souverain d'exproprier les investissements étrangers situés sur son territoire moyennant la réunion minimum de trois conditions à savoir : l'expropriation doit poursuivre un objectif d'intérêt public, elle ne doit pas être arbitraire et discriminatoire, et enfin, elle doit être accompagnée d'une compensation financière. Certains accords internationaux d'investissement ajoutent une quatrième exigence selon laquelle l'expropriation doit s'effectuer suivant une procédure régulière.

²⁸³ *Id.*, p. 398.

²⁸⁴ CARREAU, D. et JUILLARD, P., préc., note 57, p. 551.

²⁸⁵ *Id.*, p. 552.

a. L'exigence de l'intérêt public

Dire que l'action de l'État doit poursuivre ou viser un intérêt général semble relever de la tautologie²⁸⁶. En effet, en principe, toute action de l'État poursuit un objectif d'intérêt général. « L'État n'agit par définition que dans l'intérêt général puisque cette notion n'est pas définie par quelqu'un d'autre que lui, sinon le juge administratif s'il existe, mais celui-ci est considéré comme un organe étatique du point de vue du droit international »²⁸⁷. Quel est le contenu de la notion d'intérêt public ? Est-ce qu'il suffit qu'une mesure soit prise en conformité des règles du droit interne pour qu'elle soit présumée d'intérêt public ?

Bien qu'il soit difficile de lui assigner un contenu²⁸⁸, certains tribunaux n'ont pas hésité à rappeler que cette condition d'intérêt public n'est pas sans contenu²⁸⁹. La question de savoir si une mesure a été prise dans l'intérêt général est rarement contestée par les investisseurs²⁹⁰. Aussi n'a-t-elle pas figuré en bonne place dans la pratique des réclamations internationales, probablement parce que le concept est extrêmement large.

De plus, les tribunaux sont susceptibles de s'en remettre au droit souverain d'un État pour déterminer ce qui est dans l'intérêt national et public. Sans se prononcer sur le choix opéré par les autorités publiques, il est possible pour les arbitres de vérifier que l'État n'a pas détourné ou utilisé abusivement son pouvoir d'expropriation.

Dans le contexte de la crise de Covid-19, nous voyons mal comment des mesures gouvernementales telles que décrites ci-dessus pourraient être considérées comme n'ayant pas été prises dans un intérêt public.

b. La non-discrimination

La deuxième condition posée pour la conformité d'une mesure d'expropriation à un TBI est le respect du principe de non-discrimination. En d'autres termes, les TBI visent ici

²⁸⁶ NIKIÉMA, S., *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, 1re éd, coll. Collection Internationale. Droit, Paris, Presses universitaires de France, 2012, p. 173; NANTEUIL, A. de, préc., note 82, p. 398.

²⁸⁷ NANTEUIL, A. de, préc., note 82, p. 398.

²⁸⁸ CARREAU, D. et JUILLARD, P., préc., note 57, p. 556.

²⁸⁹ *ADC c. Hongrie, Affaire CIRDI n° ARB/03/16, 2 octobre 2006*, par. 432 cité par NANTEUIL, A. de, préc., note 82, p. 398.

²⁹⁰ ALCOLEA, C., préc., note 244, 4.

à interdire des mesures ne visant que les investisseurs étrangers et épargnant les investisseurs locaux²⁹¹.

Les principes directeurs pour le traitement de l'investissement étranger de la Banque mondiale proscrivent également, en la matière, toute discrimination fondée sur la nationalité (article IV, 1)

D'une manière générale, l'expropriation est une mesure ciblée, qui singularise un sujet par rapport aux autres, ce qui semble difficilement compatible avec l'interdiction de la discrimination. Dans la pratique, la non-discrimination n'est pas le fondement le plus fréquent d'engagement de la responsabilité des États dans le cadre de l'expropriation²⁹². Toutefois, il peut arriver que la discrimination soit mentionnée comme élément permettant d'établir l'illicéité internationale d'une expropriation.

Pour qu'une expropriation soit discriminatoire, elle doit affecter spécifiquement un investisseur étranger en raison de sa nationalité²⁹³. C'est le cas par exemple d'un État qui décide d'exproprier la filiale d'une entreprise étrangère pour la seule raison que cette entreprise étrangère est la propriété des ressortissants d'un État déterminé. Cette expropriation est constitutive d'une illicéité internationale, la seule considération de la nationalité ne pouvant fournir une justification de caractère raisonnable.

Dans le contexte de la pandémie, nous ne sommes pas d'avis que les mesures prises pour faire face à la crise sanitaire de Covid-19 pourraient être tenues pour discriminatoires, à moins qu'il s'agisse par exemple de mesures ciblées visant uniquement certains investisseurs étrangers en raison de leur nationalité. Pareilles mesures étatiques qui sembleraient favoriser les investisseurs en fonction de leur nationalité peuvent donner lieu à un différend.

²⁹¹ AUDIT, M., BOLLEE, S. et CALLE, P., préc., note 52, p. 270.

²⁹² NANTEUIL, A. de, préc., note 82, p. 400.

²⁹³ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal S.A. c. Argentine, Affaire CIRDI n°ARB/97/3, 20 Aout 2007*, par. 23.

c. L'exigence d'une indemnisation

La question de l'indemnisation est celle qui a dominé les débats politiques et juridiques sur l'expropriation dans les années 1960 et 1970, périodes de nombreuses nationalisations²⁹⁴. Les traités en matière d'investissements posent le principe d'une obligation d'indemnisation par l'État d'accueil de l'investisseur ayant subi une mesure d'expropriation. Cette obligation d'indemnisation devant nécessairement accompagner une mesure d'expropriation est un principe ancien que les TBI reprennent²⁹⁵. Datant de 1938, la formule Hull, appelée ainsi en référence au secrétaire d'État américain Cornell Hull qui, dans sa lettre du 21 juillet 1938 adressée à son homologue mexicain en réponse aux nationalisations mexicaines de 1917, affirmait que le droit international général exigeait « une indemnisation prompte, adéquate et effective » en cas d'expropriation²⁹⁶. Mais la formule Hull a été contesté par certains États, en particulier en développement, considérant qu'il s'agissait là d'un standard de protection bien trop élevé qu'ils ne seraient en mesure de respecter²⁹⁷. D'importantes discussions ont eu lieu à ce sujet dans les années 1960 et 1970, envie de trouver un moindre standard de compensation. En 1962, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté la résolution 1803 (XVII) relative à la « Souveraineté permanente sur les ressources naturelles » qui a affirmé le droit de nationaliser des biens étrangers et a précisé que « le propriétaire recevra une indemnité adéquate »²⁹⁸. De même, la Charte des droits et devoirs économiques des États faisant l'objet d'une résolution 3281 (XXIX) de 1974 réaffirme la règle d'une « indemnisation adéquate »²⁹⁹. S'agissant des modalités de calcul de cette indemnité, il y a lieu de dire

²⁹⁴ LEVESQUE, C., préc., note 232, 47.

²⁹⁵ AUDIT, M., BOLLEE, S. et CALLE, P., préc., note 52, p. 270.

²⁹⁶ NIKIEMA, S.H., « Indemnisation de l'Expropriation », *IISD* 2013, 9, en ligne : <https://www.iisd.org/system/files/publications/best_practice_compensation_expropriation_fr.pdf>; NANTEUIL, A. de, préc., note 82, p. 404-405.

²⁹⁷ NANTEUIL, A. de, préc., note 82, p. 405; « Les pays en développement ont souscrit à la doctrine Calvo pendant les années 1960 et 1970 comme il ressort des principales résolutions de l'Assemblée générale des Nations unies » OCDE, « L'expropriation indirecte et le droit de réglementer dans le droit international des investissements », 2004, 2.

²⁹⁸ Article 4 de la *Résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale en date du 14 décembre 1962* : « Souveraineté permanente sur les ressources naturelles », en ligne : <[²⁹⁹ Article 2 point c\] de la *Résolution 3281 \(XXIX\) de l'Assemblée générale du 12 décembre 1974* : *Charte des droits et devoirs économiques des États*, en ligne : <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2779/download>>.](https://www.ohchr.org/fr/instruments-mechanisms/instruments/general-assembly-resolution-1803-xvii-14-december-1962-permanent#:~:text=1.,population%20de%20l'Etat%20int%C3%A9ress%C3%A9.>>.</p></div><div data-bbox=)

qu'elles avaient donné lieu à des débats importants³⁰⁰. Ainsi, si dans la résolution 1803 (XVII) le calcul de de l'indemnité se faisait « conformément aux règles en vigueur dans l'État qui prend ces mesures dans l'exercice de sa souveraineté et en conformité du droit international »³⁰¹, dans la résolution 3281 (XXIX) la référence au droit international a disparu. Elle prévoit que « dans tous les cas où la question de l'indemnisation donne lieu à différend, celui-ci sera réglé conformément à la législation interne de l'État qui prend des mesures de nationalisation et par les tribunaux de cet État... »³⁰². Ce débat est aujourd'hui dépassé puisque les traités prévoient assez précisément les modalités de calcul et de versement de l'indemnité. La formule Hull et ses variantes sont généralement considérées comme faisant partie du droit international coutumier³⁰³.

Un nombre important de TBI adopte le standard de l'indemnisation « prompte, adéquate et effective ». L'indemnisation « prompte, adéquate et effective » signifie que l'investisseur doit se voir octroyer, dès que l'investissement est réalisé (prompte), une somme correspondante à la valeur totale de son investissement exproprié (adéquate), dans une monnaie librement transférable et échangeable (effective)³⁰⁴. Il convient de noter que ce sont les dispositions spécifiques du TBI qui régiront la matière, de sorte que, dans certains cas, il peut ne pas y avoir d'obligation de fournir une indemnisation complète, par exemple lorsque des termes tels que « valeur appropriée » ou « être adéquat » sont utilisés.

Dans le contexte de la crise de Covid-19, de nombreux gouvernements ont annoncé un soutien aux entreprises, y compris les prêts, le paiement d'un pourcentage du salaire des employés, l'allégement fiscal, l'allégement des pensions et même la recapitalisation. Un exemple spécifique en ce sens nous est donné par l'ensemble de mesures dévoilé par le gouvernement britannique, qui prévoit que le gouvernement paie jusqu'à 80 % des salaires des employés, accorde d'importants allègements fiscaux, y

³⁰⁰ AUDIT, M., BOLLEE, S. et CALLE, P., préc., note 52, p. 270.

³⁰¹ Article 4 de la *Résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale en date du 14 décembre 1962 : «Souveraineté permanente sur les ressources naturelles»*, préc., note 298.

³⁰² Article 2 point c) de la *Résolution 3281 (XXIX) de l'Assemblée générale du 12 décembre 1974 : Charte des droits et devoirs économiques des États*, préc., note 299.

³⁰³ OCDE, préc., note 297, 2.

³⁰⁴ NIKIEMA, S.H., préc., note 295, 9.

compris le report de l'impôt sur le revenu et de la TVA, ainsi que des congés sur les taux d'entreprise et des facilités de prêt.

Il n'y a aucune certitude si ces mesures visent à indemniser les entreprises pour les pertes causées par les mesures Covid-19 ou la pandémie d'une manière générale ou les deux. Aucun gouvernement n'a encore déclaré que de telles mesures visent à compenser les éventuelles expropriations causées par les actions prises en réponse à la crise du Covid-19. Néanmoins, il semble évident que si une affaire d'investissement est intentée contre un État en raison de telles mesures, il prétendrait que ces mesures étaient une compensation pour toute expropriation présumée. En conséquence, notre étude partira de l'hypothèse raisonnable que les États invoqueront ces mesures de réparation comme moyen de défense.

En ce qui concerne, l'application de l'exigence d'une indemnisation « prompte, adéquate et efficace », nous pensons que l'exigence de rapidité ne devrait normalement pas poser beaucoup de problème car pour la majorité des États, en particulier développés, ont réagi très rapidement à la situation.

S'agissant de l'exigence d'une indemnisation adéquate, un grand nombre de TBI l'énoncent comme correspondant à la juste valeur marchande de l'investissement³⁰⁵. Ainsi dans le TBI États-Unis – Uruguay, l'article 6.1-2 se lit comme suit :

1. Aucune Partie ne peut exproprier ou nationaliser un investissement couvert (...), sauf (...) (c) contre le paiement d'une indemnisation prompte, adéquate et effective (...).
2. L'indemnisation visée au paragraphe 1(c) devra : (...) (b) être équivalente à la juste valeur marchande de l'investissement exproprié (...).

Il est donc raisonnable de supposer qu'une rémunération adéquate signifie généralement la juste valeur marchande d'un investissement. Selon l'article 36 (2) du projet d'articles de la Commission du droit international (CDI) sur la responsabilité des États pour faits illicites, « l'indemnisation couvre tout dommage financièrement évaluable, y compris le manque à gagner dans la mesure où il est établi » et les tribunaux d'investissement peuvent, et ont, accordé une indemnisation pour manque à gagner.

³⁰⁵ *Id.*

Dans ce contexte, bien que le soutien gouvernemental fourni pour compenser les effets des mesures Covid-19 couvrirait probablement de nombreux frais généraux d'une entreprise, par exemple les salaires du personnel et les impôts, il est peu probable qu'il indemnise pleinement les investisseurs pour les bénéfices qu'ils perdent au cours de la période leur entreprise est fermée ou incapable de fonctionner normalement. L'adéquation de toute indemnisation accordée aux entreprises, et donc aux investisseurs, est donc susceptible d'être l'un des principaux défis auxquels sont confrontés les États pour prouver qu'une mesure donnée n'équivaut pas à une expropriation.

L'exigence d'une indemnisation efficace est généralement considérée comme signifiant que l'indemnisation doit être versée sous une forme réalisable, par exemple une devise librement convertible, de l'or ou des titres de sociétés librement négociables en bourse. Dans ce contexte, il est difficile de voir comment le soutien aux entreprises offert par les gouvernements pourrait être considéré comme réalisable, car il ne consiste généralement pas en espèces ou en quasi-espèces, mais plutôt en des reports ou réductions d'impôt, en une aide aux employés ou en des facilités de prêt.

d. L'exigence d'une procédure régulière

Cette condition n'est pas universelle. Il est cependant possible d'affirmer que la plupart des traités subordonnent la licéité internationale d'une expropriation au respect de certaines exigences de procédure. Ces exigences correspondent pour l'essentiel à celles du *due process of law* et impliquent que l'expropriation ait lieu au terme d'un processus transparent offrant à l'investisseur l'accès aux raisons motivant la décision des autorités, lui ménageant une possibilité de contestation juridictionnelle et lui offrant globalement l'ensemble des garanties procédurales qu'il est en droit d'attendre dans un État de droit³⁰⁶.

Dans l'affaire *South American Silver Limited (Bermuda) c. l'État plurinational de Bolivie*, le tribunal a estimé que les investisseurs étrangers doivent avoir accès en temps utile à une procédure judiciaire sur le territoire de l'État d'accueil de l'investissement qui

³⁰⁶ NANTEUIL, A. de, préc., note 82, p. 401.

leur permette de contester la légalité de l'expropriation et le montant de l'indemnisation, mais pas de participer à la prise de la décision souveraine d'exproprier³⁰⁷.

L'exigence d'une procédure régulière est une condition particulièrement intéressante dans le contexte d'une expropriation indirecte : celle-ci n'est établie que si la dépossession de l'investisseur est prouvée ; mais son illicéité internationale repose sur le respect ou non des conditions qui figurent dans le traité. Or, s'agissant d'une mesure n'ayant pas pour objet d'exproprier l'investisseur, mais ayant un effet équivalent, ou d'une série de mesures ou de comportements, certains paramètres importants peuvent aider à évaluer la licéité internationale de l'acte ou des actes posés par l'État.

En principe, les mesures prises par les gouvernements en raison du Covid-19 ne devraient pas violer l'exigence d'une procédure régulière, étant donné qu'elles ont été prises conformément au droit national et que le contrôle judiciaire des actions gouvernementales est largement accepté dans le monde.

2. Problèmes spécifiques soulevés par les mesures étatiques concernant les réclamations potentielles pour expropriation de Covid-19

Les poursuites éventuelles des investisseurs étrangers contre les mesures prises par les gouvernements peuvent se heurter à deux problèmes majeurs se rapportant d'une part à la question de la durée temporelle et d'autre part, à la question de la proportionnalité.

a. La question de la durée

En ce qui concerne la question de la durée temporelle des mesures étatiques, il y a lieu de noter que les mesures d'urgence prises par les États pour contenir la pandémie sont des mesures temporaires. Il a été jugé dans le passé qu'une mesure affectant substantiellement un investisseur pouvait être considérée comme équivalente à une expropriation, « *even if it were partial or temporary* »³⁰⁸, mais cette position n'a toutefois

³⁰⁷ *South American Silver Limited (Bermuda) c. Bolivie, Affaire CPA n° 2013-15, sentence du 22 novembre 2018, par. 582.*

³⁰⁸ *S.D. Myers, Inc. c. Canada, CNUDCI, sentence partielle, 13 septembre 2000, préc., note 153, par. 283.*

pas été pratiquement suivie dans la jurisprudence arbitrale³⁰⁹. Dans sa quasi-unanimité, la jurisprudence a considéré qu'une atteinte aux droits patrimoniaux d'un investisseur doit nécessairement être permanente pour être qualifiée d'expropriation. Tel est le cas de l'affaire LG&E c. Argentine, dans laquelle le tribunal a déclaré qu'il faut tenir compte de la durée de la mesure en fonction du degré d'incidence dans les droits de propriété de l'investisseur³¹⁰. Généralement, l'expropriation doit être permanente, c'est-à-dire qu'elle ne peut avoir un caractère temporaire, à moins que le succès du développement de l'investissement ne dépende de la réalisation de certaines activités à des moments précis qui peuvent ne pas subir de variations³¹¹.

La question de savoir si une mesure COVID satisfait ou non à cette exigence de l'expropriation doit être résolue au cas par cas. En d'autres termes, elle relèvera de l'appréciation des arbitres. Mais si l'État d'accueil de l'investissement avait dès le départ l'intention de solliciter une période limitée et relativement courte pour l'exécution de telles mesures, il sera difficile d'assimiler celles-ci à une expropriation³¹².

En outre, Il convient de noter que, même si la durée d'une mesure gouvernementale apparaît suffisamment importante pour répondre à l'exigence temporelle de l'expropriation, il est nécessaire d'examiner si le soutien gouvernemental COVID-19 a évité l'effet réel de la mesure sur l'entreprise. Par exemple, si un gouvernement verse jusqu'à 80 % du salaire d'un employé tout en offrant des allègements fiscaux importants et des facilités de prêt abordables, on voit mal comment l'impact d'une mesure sur un investissement pourrait être suffisamment important de manière à équivaloir à une expropriation³¹³. Toutefois, cela ne s'appliquerait qu'à l'expropriation indirecte, dans les cas où un État aurait simplement saisi des locaux commerciaux ou des

³⁰⁹ NANTEUIL, A. de, préc., note 82, p. 413.

³¹⁰ *LG&E Energy Corp., et al. c. Argentine, Affaire CIRDI n°ARB/02/1 decision sur la responsabilité, 3 octobre 2006*, préc., note 225, par. 193.

³¹¹ *Id.*

³¹² *ALCOLEA, C.*, préc., note 244, 8.

³¹³ « Coronavirus: Government to pay up to 80% of workers' wages », *BBC* (20 mars 2020), en ligne : <<https://www.bbc.com/news/business-51982005>>.

fournitures qu'il serait tenu d'indemniser, faute de quoi il conduirait à première vue à une violation de la protection contre l'expropriation illégale³¹⁴.

b. La question de la proportionnalité

La question de la proportionnalité a, quant à elle, été invoquée pour la première fois dans le cadre de l'expropriation indirecte à la sentence Tecmed c. Mexique rendue en 2003. Dans cette affaire, le tribunal a abordé la question de la manière suivante : « Afin de déterminer s'ils [les actes incriminés] doivent être qualifiés d'expropriation, si ces actes ou mesures sont proportionnés à l'intérêt public présumé ainsi protégé et à la protection légalement accordée aux investissements, en tenant compte du fait que l'importance de cet impact joue un rôle clé dans la décision de proportionnalité »³¹⁵. Il a ensuite jugé que, comme les actions de l'État étaient essentiellement motivées par la pression publique qui n'atteignait pas le niveau d'une urgence, ses actions n'étaient pas proportionnées et équivalaient à une expropriation³¹⁶. En d'autres termes, les mesures prises bien que répondant à un objectif légitime, allaient au-delà de ce qui était nécessaire au regard du contexte factuel tel que les arbitres pouvaient le comprendre eu égard aux éléments avancés par les parties.

Bien que le test de proportionnalité n'ait pas toujours été repris comme tel par la jurisprudence arbitrale, certaines sentences y ont fait référence expresse³¹⁷. D'une manière générale, le test de proportionnalité est plus présent dans la qualification ou non de l'expropriation indirecte. Celle-ci se fait en fonction d'un rapport d'équilibre entre l'objectif poursuivi par l'État et les atteintes portées aux droits patrimoniaux des investisseurs étrangers. Dans ce même ordre d'idées, un effort de clarification intéressant a été tenté par le tribunal dans l'affaire PL Holdings c. Pologne. En effet, le tribunal a procédé à une analyse de proportionnalité structurée en trois étapes relatives à

³¹⁴ ALCOLEA, C., préc., note 244, 8.

³¹⁵ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. The United Mexican States, Affaire ARB (AF)/00/2*, par. 122.

³¹⁶ *Id.*, par. 121.

³¹⁷ Voir LG&E Energy Corp., et al. c. Argentine, Affaire CIRDI n° ARB/02/1 décision sur la responsabilité, 3 octobre 2006, préc., note 224, par. 195 Dans cette affaire, le tribunal a considéré que « *With respect to the power of the State to adopt its policies, it can generally be said that the State has the right to adopt measures having a social or general welfare purpose. In such a case, the measure must be accepted without any imposition of liability, except in cases where the State's action is obviously disproportionate to the need being addressed* ».

l'adaptation de la mesure à la situation, à sa nécessité et à son absence de dimension excessive³¹⁸. Cette approche peut conduire à des difficultés de déterminer si différents critères sont remplis mais elle peut quand même servir de source d'inspirations pour l'avenir.

En tout état de cause, une analyse de proportionnalité doit être appliquée au cas par cas et elle présente donc une sorte d'arme à double tranchant pour les États, car il y a tout risque que les tribunaux d'investissement ne soient pas d'accord sur le caractère proportionné ou non d'une mesure particulière³¹⁹.

Dans le contexte de la crise du Covid-19, toute application de la doctrine de la proportionnalité nécessiterait une expertise sur la nécessité ou non des mesures contestées. À cet égard, les orientations de l'OMS s'avéreront probablement essentielles comme elles l'ont été dans l'affaire Philip Morris. En effet, le tribunal s'est référé au mémoire d'*amicus curiae* de l'OMS pour déterminer si les mesures antitabac de l'Uruguay constituaient une application raisonnable et proportionnée de ses pouvoirs de police³²⁰. Il a estimé que les deux mesures ont été mises en œuvre par l'État dans le but de protéger la santé publique. Le lien entre l'objectif poursuivi par l'État et l'utilité des deux mesures est reconnu par les mémoires d'*amicus curiae* de l'OMS et de l'OPS, qui contiennent une analyse approfondie de l'histoire de la lutte antitabac et des mesures adoptées à cet effet³²¹. Le tribunal a, en définitive, jugé que « *[t]he WHO submission concludes that the Uruguayan measures in question are effective means of protecting public health* »³²².

Il faut toutefois relativiser en ce qui concerne l'importance de l'OMS dans la mesure où, si les autorités médicales d'un État hôte parviennent à des conclusions différentes de

³¹⁸ *PL Holdings S.à.r.l c. Pologne*, SCC n° V2014/163, sentence partielle, 28 juin 2017, par. 355 Il a été jugé que pour être proportionnée « *a measure must (a) be one that is suitable by nature for achieving a legitimate public purpose, (b) be necessary for achieving that purpose in that no less burdensome measure would suffice, and (c) not be excessive in that its advantages are outweighed by its disadvantages* ».

³¹⁹ *ALCOLEA, C.*, préc., note 244, 9.

³²⁰ *Philip Morris c. Uruguay*, Affaire CIRDI n° ARB/10/7, sentence du 8 juillet 2016, préc., note 24, par. 391.

³²¹ *Id.*

³²² *Id.*

celles de l'OMS concernant la nécessité ou non d'une mesure particulière, cela ne doit pas être interprété comme signifiant que les mesures de l'État avaient été prises à tort³²³.

La question qui mérite d'être posée est plutôt de savoir si les actions de l'État étaient fondées sur des preuves et étayées par la littérature scientifique. La réponse semble être affirmative plutôt que négative en ce qui concerne les réponses de l'État à la pandémie Covid-19. De plus, il est important de se rappeler que des individus raisonnables peuvent être en désaccord sur les actions correctes à prendre dans des circonstances complexes, sans que l'un d'eux soit passible de censure s'il s'avère finalement qu'il a tort. Un exemple spécifique de ces différences raisonnables d'opinions est fourni par les directives extrêmement variables concernant la nécessité ou non de porter des masques faciaux afin de limiter la propagation de la maladie. Il n'est pas difficile de voir que cela pourrait également s'appliquer aux discussions concernant la durée et la sévérité des quarantaines, les restrictions de voyage, etc.

D'une manière générale, nous pouvons affirmer que les mesures d'urgences prises en raison de la pandémie, répondraient à l'exigence de la proportionnalité car presque tous les États ont adopté des mesures d'urgence sévère pour lutte contre la propagation de la pandémie, tandis que les études scientifiques témoignent non seulement de l'extrême gravité de la crise, mais aussi de la nécessité de pareilles mesures.

§ 2. Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée

Les mesures prises par les États pour protéger l'économie et les industries nationales dans des secteurs essentiels liés notamment à la santé, à la sécurité ou aux infrastructures pendant la pandémie pourraient également entraîner des litiges. Ces mesures sont susceptibles de violer les dispositions relatives à la norme de traitement national ou à la clause de la nation la plus favorisée s'il est démontré que les investisseurs étrangers ont été traités différemment des nationaux ou de manière moins favorable³²⁴.

³²³ ALCOLEA, C., préc., note 244, 9-10.

³²⁴ CHADWICK, A., LYTHGOE, G., RASULOV, A. et TAMS, C., « COVID-19 Measures and Investment Protection: Should Governments Be Afraid of Investor Claims? », *Glasgow Centre for International law & Security* 2021, 5.

Les investisseurs étrangers pourraient poursuivre les États pour violation de la clause NPF si le renforcement des contrôles sur les investissements les conduisait à être traités moins favorablement que les investisseurs d'un autre État ayant signé un TBI avec le gouvernement édictant ces mesures. Le TBI France- Mexique prévoit notamment qu'en cas « état d'urgence nationale, les investisseurs étrangers bénéficieront, de la part de l'État hôte » d'un traitement non moins favorable que celui accordé à ses investisseurs ou à ceux de la nation la plus favorisée »³²⁵. Dans les mêmes d'ordre d'idées, les tribunaux arbitraux pourraient être appelés à examiner par exemple si les aides offertes aux entreprises de certains secteurs ou à certaines entreprises de l'État hôte, ont été générées de manière discriminatoire.

§3. Traitement juste et équitable

Parmi les normes de protection substantielles prévues par les accords d'investissement, le standard de traitement juste et équitable est l'une des revendications juridiques les plus invoquées dans les différends entre investisseurs et États³²⁶, car son libellé vague peut être interprété comme une obligation voulue par l'État. Ce standard a permis à un certain nombre d'investisseurs de l'emporter dans des affaires où les demandes d'expropriation n'ont pas abouti. Si l'on examine les sentences arbitrales d'investissement passées qui sont accessibles, on constate que dans plus de 83% (499 sur 600) des litiges, les investisseurs ont essayé de fonder leurs arguments dans la formulation large et vague de la norme de TJE³²⁷. Il existe deux interprétations principales du TJE, l'une affirmant qu'il exige simplement que le traitement accordé à un investisseur soit à la fois juste et équitable, tandis que l'autre le relie à la norme minimale internationale du droit international coutumier³²⁸. Quelle que soit l'approche adoptée, les deux englobent

³²⁵ Article 6 de l' *Accord entre le gouvernement de la République française et le gouvernement des États-Unis du Mexique sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements*, 1998 [TBI France - Mexique], en ligne : <<https://jusmundi.com/fr/document/treaty/fr-accord-entre-le-gouvernement-de-la-republique-francaise-et-le-gouvernement-des-etats-unis-du-mexique-sur-lencouragement-et-la-protection-reciproques-des-investissements-france-mexique-tbi-1998-thursday-12th-november-1998>>.

³²⁶ ALCOLEA, C., préc., note 244, 10; Lo MAO-WE, « Legitimate expectations in a time of pandemic : the host state's Covid-19 measures, its obligations and possible defenses under international », (2020) 13-1, 252, en ligne : <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3617790>.

³²⁷ « Investment Policy Hub », UNCTAD, en ligne : <<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>>.

³²⁸ ALCOLEA, C., préc., note 244, 10-11.

la notion des attentes légitimes. Cette notion renvoie au constat que l'investisseur étranger, au moment où il s'est décidé à investir dans l'État d'accueil, a fondé ses études de prospective sur le cadre juridique et institutionnel existant à ce moment donné³²⁹. Il est également possible que l'État d'accueil ait pris des engagements particuliers à l'égard d'investisseurs étrangers ou ait procédé à des déclarations à leur intention, ce qui les a incités à venir sur son territoire³³⁰.

Contrairement aux transactions commerciales ponctuelles, les activités d'investissement durent généralement longtemps et leurs bénéfices dépendent donc fortement de l'environnement réglementaire et de la stabilité du pays d'accueil³³¹. Par conséquent, tout changement qui affecte les activités d'investissement serait une source de grave préoccupation pour les investisseurs étrangers.

Les attentes des investisseurs peuvent être formées sur une variété de bases, depuis les anticipations générales telles que la stabilité présumée du cadre juridique de l'État d'accueil et la politique d'investissement promulguée par l'État d'accueil, jusqu'à des motifs plus distincts incluant les engagements spécifiques accordés par les autorités gouvernementales ou la relation contractuelle avec les États d'accueil.

La question de la protection des attentes légitimes des investisseurs a été abordée à plusieurs reprises par les tribunaux arbitraux. En général, s'il est constaté que l'État d'accueil a violé les attentes légitimes de l'investisseur, cela constituera une violation de l'obligation TJE de l'État d'accueil en vertu de l'AI.

La question de savoir si une mesure gouvernementale viole la norme TJE doit être traitée au cas par cas. Dans l'affaire *Eiser c. Espagne*³³², le Tribunal a estimé que les attentes légitimes de l'investisseur étranger seraient violées lorsque l'État d'accueil procéderait au « changement fondamental du régime réglementaire d'une manière qui ne tient pas compte des circonstances des investissements existants effectués en

³²⁹ AUDIT, M., BOLLEE, S. et CALLE, P., préc., note 52, p. 264.

³³⁰ *Id.*

³³¹ MAO-WE, L., préc., note 325, 252-253.

³³² *Eiser Infrastructure Ltd. et Energia Solar Luxembourg S.àrl c. Espagne, affaire CIRDI n° ARB/13/36, Sentence du 4 mai 2017.*

s'appuyant sur le régime antérieur³³³». Dans l'affaire *Occidental c. Équateur*³³⁴, le Tribunal a estimé que la modification et l'application incohérentes et peu claires du système de TVA de l'Équateur constituaient une violation du TJE³³⁵. Dans une autre affaire ultérieure impliquant *Occidental et l'Équateur*, le tribunal a considéré que l'annulation d'un contrat et la modification d'un cadre contractuel constituaient des violations du TJE³³⁶.

Au regard de ce qui précède, nous sommes d'avis que bon nombre de mesures prises par les États dans le contexte de la crise de Covid-19 relèvent du champ d'application du TJE, par exemple, une législation qui impose des restrictions à l'exploitation des entreprises, ou leur fermeture pure et simple constituent tous des exemples de modifications du cadre législatif existant. De même, la mesure adoptée par le Pérou consistant à suspendre la perception des péages sur les routes nationales³³⁷ pendant l'urgence causée par le coronavirus (Covid-19) peut également équivaloir à une modification unilatérale d'un cadre contractuel. Si la législation en question est incohérente ou peu claire et change au fil du temps, ce qui n'est pas improbable dans le contexte d'une situation en évolution comme une pandémie, cela peut renforcer les affirmations selon lesquelles cela équivaut à une violation du TJE.

En 2020, les mesures prises par le Pérou visant à suspendre la perception des péages routiers pendant la pandémie afin de faciliter le transport des biens et des travailleurs essentiels ont conduit à des menaces de recours aux tribunaux arbitraux par des investisseurs étrangers³³⁸.

Les mesures mises en place par le gouvernement chilien ont fait l'objet d'une demande en d'arbitrage devant le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) par le concessionnaire de l'aéroport de Santiago, Nuevo Pudahuel qui affirme avoir subi une perte de 37 millions de dollars à la suite

³³³ *Id.*, par. 363.

³³⁴ *Occidental Petroleum Corporation, Occidental Exploration and Production Company c. Équateur, Affaire CIRDI n° ARB/06/11, Sentence du 5 octobre 2012.*

³³⁵ *Id.*, par. 452, 527.

³³⁶ *Id.*, par. 452; 527.

³³⁷ Note 269.

³³⁸ OLIVET, C. et MÜLLER, B., « Juggling crises: Latin America's battle with COVID-19 hampered by investment arbitration cases », *Transnational Institute* (2020), en ligne : <<https://longreads.tni.org/jugglingcrises>>.

desdites mesures³³⁹. La demande serait fondée sur les clauses TJE, de traitement national et d'expropriation.

La question de savoir si les réclamations des investisseurs étrangers contre les mesures étatiques prises en réponse à la pandémie aboutiront dépendra des faits et dépendra également du texte du traité en question. En effet, de telles réclamations obligeront les tribunaux à réexaminer l'une des questions les plus controversées dans le domaine de l'arbitrage international des investissements (c'est-à-dire, celle de l'équilibre entre les droits des investisseurs et le pouvoir réglementaire d'un État en temps de crise).

D'une manière générale, le droit international reconnaît aux États le droit de réglementer dans l'intérêt public. Un tel droit peut être expressément énoncé dans les traités d'investissement, permettant aux États d'accueil de prendre des mesures nécessaires au maintien de l'ordre public, à l'accomplissement de leurs obligations en matière de maintien ou de rétablissement de la paix ou de la sécurité internationales, ou à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité³⁴⁰.

Même en l'absence d'une disposition d'exception expresse, les États peuvent s'appuyer sur la doctrine du pouvoir de la police pour défendre des mesures qui, dans d'autres circonstances, pourraient constituer une violation de la protection substantielle des investisseurs - comme le montrent les sentences *Philip Morris c. Uruguay* et *Marfin c. Chypre*³⁴¹.

Section 3. Le droit de réglementer des États pour l'intérêt général en droit international des investissements : la doctrine des *police powers*

La doctrine des *police powers* reconnaît aux États la possibilité de porter atteinte aux droits des investisseurs étrangers au nom de l'intérêt général³⁴². Ainsi, dès lors

³³⁹ « French controllers of Nuevo Pudahuel, operator of the Santiago airport, initiate ICSID proceedings against Chile » (22 janvier 2021), en ligne : <<https://www.bilaterals.org/?french-controllers-of-nuevo&lang=en>>; « Santiago airport concessionaire starts arbitration procedures », *bnamericas* (20 janvier 2021), en ligne : <<https://www.bnamericas.com/en/news/santiago-airport-concessionaire-starts-arbitration-procedures>>.

³⁴⁰ Article XI du *TBI États-Unis-Argentine de 1991*.

³⁴¹ *Marfin Investment Group Holdings S.A., Alexandros Bakatselos et autres c. Chypres, Affaire CIRDI n° ARB/13/27, sentence du 26 juillet 2018*.

³⁴² NANTEUIL, A. de, préc., note 82, p. 414.

qu'une mesure serait considérée comme adoptée sur le fondement de cette doctrine, elle échapperait à la réglementation de l'expropriation, notamment en ce qui concerne l'obligation d'indemnisation de l'atteinte à l'investissement³⁴³. C'est une mesure particulière qui relève de la souveraineté de l'État.

Selon l'OCDE, « il est bien établi dans le droit international coutumier qu'une indemnisation ne s'impose pas en cas de préjudice économique imputable à un règlement non discriminatoire légitime entrant dans les limites du pouvoir de police d'un État »³⁴⁴. La nécessité d'adopter une catégorie de mesures qui puissent porter atteinte à des droits des particuliers lorsque l'intérêt supérieur l'exige, sans indemnisation, est évidente³⁴⁵. En effet, exiger de l'État une compensation à chaque fois qu'une violation de droit existe aurait pour conséquence d'empêcher l'exercice du pouvoir réglementaire de l'État³⁴⁶.

Par ailleurs, l'étendue du pouvoir de police n'est pas claire³⁴⁷. Elle est soumise à un degré élevé de discrétion de la part du tribunal³⁴⁸. Toutes les mesures prises dans un but d'intérêt général ne peuvent relever de la catégorie des *police powers*³⁴⁹. Une telle conception extensive compliquerait la distinction avec la notion d'expropriation pour cause d'utilité publique ouvrant droit à une indemnisation³⁵⁰. À cet égard, il faut se rappeler que l'une des exigences de la légalité de l'expropriation est que la mesure soit prise dans l'intérêt public »³⁵¹.

Pour que les mesures prises par l'État dans l'exercice de son pouvoir réglementaire ne constituent pas une expropriation indirecte, elles doivent remplir certaines conditions. Dans l'affaire *Philippe Morris c. Uruguay*, le tribunal a renvoyé aux conditions posées par

³⁴³ CAZALA, J., « La consécration de la doctrine de *police powers* de l'État en droit international relatif à la lutte antitabac », éd. Cahiers de l'arbitrage-Paris Journal of International Arbitration (2016) à la page 5, en ligne : <file:///Users/arnaud/Downloads/La_consecration_des_police_powers_de_l.pdf>.

³⁴⁴ OCDE, préc., note 296, 5 note de base de page e n° 10.

³⁴⁵ LEVESQUE, C., « Les fondements de la distinction entre l'expropriation et la réglementation en droit international », (2009) 33-1 *Revue générale de droit*, 70.

³⁴⁶ *Id.*

³⁴⁷ *Id.*

³⁴⁸ ALCOLEA, C., préc., note 244, 28.

³⁴⁹ CAZALA, J., préc., note 342 à la page 5.

³⁵⁰ *Id.*

³⁵¹ LEVESQUE, C., préc., note 232, 70.

les décisions antérieures en matière de traités d'investissements, notamment dans l'affaire *Saluka c. République tchèque*³⁵². Le tribunal a estimé qu'un acte posé dans l'exercice des pouvoirs de police « doit être pris de bonne foi dans le but de protéger le bien-être public, qu'elle doit être non discriminatoire et proportionnée »³⁵³.

Dans l'affaire *Marfin c. Chypre*, le tribunal partage également l'avis selon lequel « *in order for a State's action in exercise of regulatory powers not to constitute indirect expropriation, the action has to comply with certain conditions. Among those most commonly mentioned are that the action must be taken bona fide for the purpose of protecting the public welfare, must be non discriminatory and proportionate* »³⁵⁴.

Dans cette affaire, le tribunal a conclu que les mesures prises par le gouvernement chypriote en réponse à la crise de la dette grecque, y compris l'acquisition d'une participation majoritaire dans une banque, ne constituaient pas une expropriation illégale mais plutôt « des mesures non discriminatoires et proportionnelles prises de bonne foi dans l'exercice des pouvoirs réglementaires de Chypre dans la poursuite d'un objectif légitime de politique publique - la protection de la santé du système financier de Chypre en période de crise économique profonde »³⁵⁵.

Bien que la doctrine des pouvoirs de police « soit » largement acceptée par les tribunaux arbitraux, elle ne signifie pas nécessairement absence de compensation. L'intérêt général ne peut justifier que les droits individuels soient totalement ignorés. Par exemple, dans l'affaire *Compania del Dessorollo de Santa Elena c. Costa Rica*, le tribunal a jugé que :

Expropriatory environmental measures – no matter how laudable and beneficial to society as a whole – are, in this respect, similar to any other expropriatory measures that a state may take in order to implement its policies: where property is expropriated

³⁵² « It is now established in international law that States are not liable to pay compensation to a foreign investor when, in the normal exercise of their regulatory powers, they adopt in a non-discriminatory manner bona fide regulations that are aimed to the general welfare » *Saluka Investments BV c. République tchèque*, CNUDCI, sentence partielle du 17 mars 2006, préc., note 207, par. 255.

³⁵³ *Philip Morris c. Uruguay*, Affaire CIRDI n° ARB/10/7, sentence du 8 juillet 2016, préc., note 24, par. 305.

³⁵⁴ *Marfin Investment Group Holdings S.A., Alexandros Bakatselos et autres c. Chypres*, Affaire CIRDI n° ARB/13/27, sentence du 26 juillet 2018, préc., note 340, par. 829.

³⁵⁵ *Id.*, par. 830.

*even for environmental purposes, whether domestic or international, the State's obligation to pay compensation remains*³⁵⁶.

La protection de la santé publique est depuis longtemps reconnue comme une manifestation essentielle des *police powers* de l'État³⁵⁷. La doctrine des *police powers* a été même appliquée par les tribunaux dans des situations d'urgence, par exemple dans l'affaire AWG c. Argentine, le tribunal a déclaré qu'« en analysant les mesures prises par l'Argentine pour faire face à la crise, le tribunal constate que, compte tenu de la nature de la grave crise à laquelle le pays est confronté, ces mesures générales relevaient des pouvoirs généraux de police de l'État argentin et qu'elles ne constituaient pas une mesure permanente et la privation substantielle des investissements des demanderessees »³⁵⁸.

Voilà pourquoi nous pensons que la majorité des mesures prises par les États en réponse à la pandémie du Covid-19 sont susceptibles de relever de la doctrine des pouvoirs de police. Cela est particulièrement susceptible d'être le cas lorsque l'accord d'investissement en question contient des dispositions détaillées concernant le droit de réglementer. Il faut toutefois préciser que « la doctrine des pouvoirs de police ne constitue pas du tout une garantie absolue concernant l'expropriation, car dans certains cas les tribunaux ont également appliqué la doctrine des effets uniques selon laquelle les tribunaux devraient considérer uniquement les effets des mesures sur l'investissement (c'est-à-dire l'expropriation indirecte) plutôt que l'objectif visé par les mesures de l'État »³⁵⁹.

En tout état de cause, tout argument fondé sur la doctrine des *police powers* comme défense de la part des États nécessiterait la preuve de la proportionnalité des mesures à la menace posée par le Covid-19. À cet égard, les preuves scientifiques d'experts, en particulier de l'OMS, sont susceptibles d'être d'une importance cruciale.

³⁵⁶ *Compania del Desarrollo de Santa Elena c. Costa Rica*, sentence finale, 17 février 2000, ICSID Reports vol. 5, p.172, , par. 72.

³⁵⁷ *Philip Morris c. Uruguay*, Affaire CIRDI n° ARB/10/7, sentence du 8 juillet 2016, préc., note 24, par. 291.

³⁵⁸ *AWG Group Ltd c. Argentine*, Arbitrage ad hoc CNUDCI, Décision sur la responsabilité du 30 juillet 2010, par. 140.

³⁵⁹ CORREA, C.M., SYAM, N. et URIBE, D., préc., note 19, 18.

Même si des telles réclamations peuvent être couronnées de succès, les États peuvent se défendre en invoquant les exceptions prévues dans les traités en matière d'investissements ou encore les moyens de défenses prévus par le droit international coutumier.

CHAPITRE 2. LES MOYENS DE DÉFENSE DES ÉTATS FACE AUX RÉCLAMATIONS DES INVESTISSEURS ÉTRANGERS EN PÉRIODE DE COVID-19

Les États ne sont pas dépourvus d'arguments défensifs potentiels s'ils sont confrontés à des poursuites RDIE liées à une pandémie. Le droit international des investissements donne aux États hôtes deux types de défenses en cas de réclamations d'investisseurs étrangers : d'une part, les exceptions prévues par les traités en matière d'investissements ou l'All applicable donnant une sauvegarde aux réglementations qui ont été créées pour, entre autres raisons, le maintien de l'ordre public ou la protection de la santé publique, appelées clauses de mesures non exclues et d'autre part, les moyens de défense en vertu du droit international coutumier. Les États se sont de plus en plus appuyés sur les défenses du droit international coutumier pour justifier les violations des traités d'investissement. Ces défenses excusent les actions illégales d'un État si des conditions préalables spécifiques sont remplies, mais elles sont soumises à des limitations strictes. Parallèlement, les traités contiennent certaines normes qui offrent une protection aux investisseurs.

Dans ce chapitre, nous analyserons les exceptions prévues aux traités en matière d'investissements comme moyen de défense des États justifiant les mesures Covid-19 (section 1), ensuite les défenses générales en vertu du droit international coutumier, plus précisément les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite de la Commission du droit international, lesquels font partie du droit qu'un tribunal arbitral des investissements sera généralement appelé à appliquer (section 2). Enfin, nous examinerons la question de l'état de nécessité dans la jurisprudence du CIRDI, ainsi qu'elle ressort des sentences rendues à la suite de la crise économique et financière qui a secoué l'Argentine en début des années 2000 (section 3).

Section 1. Les exceptions prévues aux traités en matière d'investissements comme moyen de défense des États justifiant les mesures Covid-19

Ainsi que nous l'avons dit ci-dessus, les États peuvent se baser sur les exceptions prévues aux traités en matière d'investissements (les exceptions générales calquées sur l'article XX du GATT, les exceptions relatives à la santé publique ou les exceptions de sécurité essentielles) pour justifier les mesures d'urgence visant à limiter la propagation de la pandémie et à atténuer les effets de la crise. La clause d'exception de santé publique est directement liée à la clause d'exception générale de la « nécessité de protéger la vie ou la santé des personnes, des animaux ou des plantes » de l'article XX du GATT, tandis que l'« intérêt de sécurité » de la clause d'exception de sécurité est une conception supérieure à celle de la santé publique³⁶⁰.

Dans l'hypothèse où ces trois exceptions existent dans les traités en matière d'investissements, l'application des clauses d'exception sera régie par le principe juridique de la *lex specialis derogat legi generali*³⁶¹. La clause d'exception de santé publique et la clause d'exception générale, qui concernent directement la santé publique, devraient être prioritaires. La clause d'exception en matière de santé publique, qui est plus spécifique que la clause d'exception générale, est souvent incluse en tant que paragraphe sous les clauses telles que l'expropriation et le traitement juste et équitable et devrait donc avoir la priorité sur la clause d'exception générale³⁶².

Nous retrouvons de plus en plus les clauses d'exception de santé publique dans la nouvelle génération d'Accords de Libre Commerce. Par exemple, l'accord économique et commercial global entre l'UE et le Canada (AECG) dispose que « sauf dans de rares circonstances où l'impact d'une mesure ou d'une série de mesures est si grave au regard de leur but qu'elles semblent manifestement excessives, les mesures non discriminatoires d'une Partie qui sont conçues et appliquées afin de protéger des objectifs légitimes de bien-être public,

³⁶⁰ QU, G., et SHEN, W., « Public Health and Investment Protection in the Context of the COVID-19 Pandemic—From the Sustainable Perspective of Exception Clauses », (2022) 14-6523 *Sustainability*, 5, en ligne : <<https://doi.org/10.3390/su14116523>>.

³⁶¹ *Id.*

³⁶² *Id.*

notamment en matière de santé, de sécurité et d'environnement, ne constituent pas une expropriation indirecte »³⁶³. Le modèle néerlandais de TBI de 2019 contient une disposition similaire³⁶⁴. Nous retrouvons aussi une clause d'exception de santé publique dans l'accord global et progressif de partenariat transpacifique (PTPGP)³⁶⁵ et l'accord États-Unis – Mexique - Canada (ACEUM) de 2020³⁶⁶.

A ce jour, il existe très peu de cas de jurisprudence sur cette question. Les affaires de santé publique dans l'arbitrage en matière d'investissements sont principalement basées sur des différends découlant de la lutte antitabac³⁶⁷. Ces affaires sont des références utiles pour comprendre l'application spécifique des clauses d'exception par les États hôtes et les tribunaux arbitraux lors du règlement des différends découlant des mesures liées au Covid-19.

En effet, depuis 2010, les États ont réagi à la convention-cadre pour la lutte antitabac (CCLAT) en mettant en œuvre des politiques de lutte antitabac telles que des exigences en matière d'emballage et d'étiquetage et des restrictions sur les variétés de marque. Cela a conduit les investisseurs étrangers à intenter des poursuites contre l'Australie et l'Uruguay. Dans l'affaire Philip Morris c. Australie, la demande a été rejetée au motif qu'il s'agissait d'un abus de procédure³⁶⁸. Cependant, dans l'affaire Philip Morris c. Uruguay, le tribunal a accepté le fait que même lorsqu'il n'y a pas d'exceptions prévues aux traités, quand il y a risque pour la santé, les mesures qui sont prises à cet égard sont tout à fait justifiées et tombent dans le champ d'application des TBI. En effet, le TBI

³⁶³ *AECG*, préc., note 111 Article 8-A in fine .

³⁶⁴ *Article 12.8 Netherlands model Investment Agreement*, 22 mars 2019, en ligne : <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5832/download>> :

« *Except in the rare circumstance when the impact of a measure or series of measures is so severe in light of its purpose that it appears manifestly excessive, non-discriminatory measures of a Contracting Party that are designed and applied in good faith to protect legitimate public interests, such as the protection of public health, safety, environment or public morals, social or consumer protection or promotion and protection of cultural diversity, do not constitute indirect expropriations.* »

³⁶⁵ Article 9.10.3 (d) de l'*Accord de partenariat transpacifique global et progressiste*, 2018 [Texte du PTP consolidé], en ligne : <<https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/tpp-tpf/text-texte/09.aspx?lang=fra>>.

³⁶⁶ Voir Article 14.16 et l'annexe 14-B de l'*Accord Canada-États-Unis-Mexique*, 2020 [ACEUM], en ligne : <<https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cusma-aceum/index.aspx?lang=fra>>.

³⁶⁷ QU, G. et SHEN, W., préc., note 359, 8.

³⁶⁸ *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12, .

Suisse-Uruguay, l'All en cause dans l'affaire Philip Morris c. Uruguay, ne contenait aucune clause d'exception pour la santé publique. Le tribunal a choisi d'appliquer l'article 31.3 (c) de la convention de Vienne sur le droit des traités, invoquant le droit international coutumier pour interpréter et appliquer les dispositions relatives au traitement juste et équitable et à l'expropriation indirecte. En fin de compte, il a conclu que les mesures de bonne foi, raisonnables et non discriminatoires prises par l'Uruguay pour protéger la santé publique ne violaient pas les dispositions d'expropriation et de traitement juste et équitable du TBI Suisse-Uruguay. L'affaire est instructive dans le cadre d'un éventuel arbitrage en matière d'investissements impliquant la politique de santé publique.

Dans cette affaire, l'OMS et l'Organisation panaméricaine de la santé (OPS), en tant qu'*amicus curiae*, ont apporté un soutien essentiel à la décision finale du tribunal en soumettant des preuves expliquant que les mesures prises par l'Uruguay étaient des moyens efficaces et raisonnables de protéger la santé publique. Lors de l'appréciation de la preuve, le tribunal a eu tendance à respecter les vues de l'OMS et des organisations transnationales de santé publique pour déterminer si les mesures mises en œuvre par l'État hôte étaient raisonnables.

Si on regarde ce que le tribunal a fait dans l'affaire Philip Moris c. Uruguay, on pourrait tout à fait imaginer qu'un autre tribunal fasse la même chose et invoque également les documents de l'OMS afin de justifier les mesures qui ont été prises pour faire face à la pandémie. On peut donc en déduire que les directives ou lignes directrices de l'OMS influenceront le tribunal dans l'évaluation du caractère raisonnable des mesures réglementaires de santé publique des États hôtes.

En tant qu'organisation principale en charge de la santé dans le monde, l'OMS a depuis janvier 2020, appelé les États à prendre des mesures immédiates de santé publique (y compris des tests et une quarantaine) et a émis des avertissements contre les restrictions de voyage internationales et les interdictions de commerce dans le monde³⁶⁹. L'OMS et le FMI ont déclaré que les restrictions à l'exportation peuvent être

³⁶⁹ « Listings of WHO's response to COVID-19 », *World Health Organization* (29 juin 2020), en ligne : <<https://www.who.int/news/item/29-06-2020-covid-timeline>>; « WTO and IMF heads call for lifting trade restrictions on medical supplies and food », *International monetary fund* (2020), en ligne :

dangereusement contre-productives. De telles mesures perturbent les chaînes d'approvisionnement, réduisent la production et éloignent les produits et les travailleurs là où ils sont le plus nécessaires. Ils ont donc appelé les gouvernements à s'abstenir d'imposer ou d'intensifier les restrictions à l'exportation et autres restrictions commerciales et à œuvrer pour supprimer rapidement celles mises en place depuis le début de l'année³⁷⁰. Cependant, les avertissements de l'OMS n'ont pas été suivis par les États concernés. Ces derniers ont imposé des interdictions d'exportation d'équipements de protection contre le Covid-19 et des mesures visant à restreindre la circulation internationale des personnes, ce qui nuit aux investisseurs étrangers et peut même avoir un effet domino entraînant de nouvelles pertes. Si un investisseur étranger devait en conséquence initier un arbitrage international d'investissement, comment le tribunal devrait-il considérer la contradiction entre les mesures réglementaires prises par l'État d'accueil et les mesures recommandées par l'OMS ?

Le règlement sanitaire international (RSI), qui est un traité international juridiquement contraignant avec près de 200 États parties, dispose en son article 2 qu'il a pour objet et portée de « prévenir la propagation internationale des maladies, à s'en protéger, à la maîtriser et à y réagir par une action de santé publique proportionnée et limitée aux risques qu'elle présente pour la santé publique, en évitant de créer des entraves inutiles au trafic et au commerce internationaux »³⁷¹. Les États ont cependant signé le RSI avec des réserves pour pouvoir disposer d'une marge de manœuvre dans la prise des décisions et trouver un équilibre entre la santé publique et le pouvoir réglementaire de l'État. Aux termes de l'article 43 du RSI, les États peuvent prendre des mesures de santé publique supplémentaires pour obtenir une protection de santé publique identique ou supérieure à celle recommandée par l'OMS, mais ces mesures ne doivent pas être plus restrictives pour le trafic international ni plus intrusives ou invasives pour les personnes que les autres mesures raisonnablement applicables qui

<<https://www.imf.org/en/News/Articles/2020/04/24/pr20187-wto-and-imf-joint-statement-on-trade-and-the-covid-19-response>>.

³⁷⁰ note 369.

³⁷¹ Article 2 ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ (dir.), *Règlement sanitaire international: 2005*, 2e éd, Genève, Organisation mondiale de la santé, 2008.

permettraient d'assurer le niveau approprié de protection de la santé³⁷². Le RSI précise que les États parties fondent leur décision d'appliquer les mesures sanitaires supplémentaires sur des principes scientifiques, les éléments scientifiques disponibles indiquant un risque pour la santé humaine ou, si ces éléments sont insuffisants, les informations disponibles, émanant notamment de l'OMS et d'autres organisations intergouvernementales et organismes internationaux compétents ou tout conseil ou avis spécifique disponible émis par l'OMS³⁷³. Il relève donc de la compétence de chaque État de juger de la compatibilité ou de la relation raisonnable entre des mesures sanitaires supplémentaires et des principes scientifiques, des preuves scientifiques ou des informations disponibles. En vertu du RSI, les pays doivent signaler à l'OMS dans les 48 heures toute mesure prise en dehors de leurs directives collectives et indiquer leurs raisons³⁷⁴. Cependant, lors de l'épidémie de Covid-19, de nombreux pays ne l'ont pas fait.

Il y a lieu de dire aussi que l'OMS a été critiquée par diverses voix pour son leadership incompetent et même son échec dans la lutte contre la pandémie. Le groupe d'experts indépendant pour la préparation et la réponse à une pandémie (IPPPR) dans son dernier rapport d'enquête déclare que l'OMS n'était pas assez forte pour faire ce qu'on attendait d'elle et que sa capacité à valider les rapports d'épidémies, à déterminer s'il y avait un potentiel pandémique et à déployer, soutenir les ressources et contenir la pandémie a été sévèrement limitée³⁷⁵.

Compte tenu des lacunes de l'OMS dans la fourniture d'informations précises et fiables à ses États membres, dans quelle mesure les tribunaux arbitraux pourront-ils s'appuyer sur les instructions ou les avis de l'OMS pour déterminer si l'État hôte a raisonnablement exercé ses mesures réglementaires en cas de conflit international d'investissement?

³⁷² Article 43 paragraphe 1 *Id.*

³⁷³ Article 43 paragraphe 2 *Id.*

³⁷⁴ Article 43 paragraphe 5 *Id.*, p. 38.

³⁷⁵ *Second report on progress Prepared by the Independent Panel for Pandemic Preparedness and Response for the WHO Executive Board, 2021, en ligne : <https://theindependentpanel.org/wp-content/uploads/2021/01/Independent-Panel_Second-Report-on-Progress_Final-15-Jan-2021.pdf>.*

Il est vrai que la pandémie de Covid-19 est différente des circonstances de l'affaire Philip Morris, mais nous pensons tout de même qu'un avis ou une soumission d'*amicus curiae* de l'OMS en tant qu'organe officiel et expert en charge de la santé publique dans le monde pourra toujours être décisif pour déterminer si des mesures prises par un État étaient nécessaires comme ce fut le cas l'affaire Philip Morris.

Section 2. Les moyens de défense en vertu du droit international coutumier

En vertu du droit coutumier, les États sont responsables des conséquences de toute action ou omission illicite qui constitue une violation de leurs obligations internationales³⁷⁶. Cependant, le droit international coutumier comprend également des circonstances qui excluent l'illicéité de comportements qui seraient autrement en conflit avec leurs obligations primaires en vertu du droit international. Les moyens de défense du droit international coutumier ne sont pas énoncés dans le traité, mais ont été codifiés dans les articles de la CDI sur la responsabilité des États³⁷⁷, comme « circonstances excluant l'illicéité ».

Ce texte prévoit six circonstances excluant l'illicéité des mesures prises par l'État en violation de ses obligations internationales à savoir le consentement³⁷⁸, la légitime défense³⁷⁹, les contre-mesures à raison d'un fait internationalement illicite³⁸⁰, la force majeure³⁸¹, la détresse³⁸² et l'état de nécessité³⁸³.

³⁷⁶ Commission de droit international, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, 2001, p. 71 [Commentaires sur le projet d'article sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite], en ligne : <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/commentaries/9_6_2001.pdf>.

³⁷⁷ *Doc. off., AGNU, 56e sess, Supplément n° 10 (A/56/10, annexe à la résolution 56/83 de l'AGNU et rectifier par doc. A/56/49 (Vol. I)/Corr.3., préc., note 31.*

³⁷⁸ Article 20 *Id.*

³⁷⁹ Article 21 *Id.*

³⁸⁰ Article 22 *Id.*

³⁸¹ Article 23 *Id.*

³⁸² Article 24 *Id.*

³⁸³ Article 25 *Id.*

Selon la CDI, « ces circonstances fournissent une justification ou une excuse pour l'inexécution tant que la circonstance en question subsiste » mais n'annulent ni ne mettent fin à l'obligation³⁸⁴.

Nous analyserons principalement les exceptions de force majeure (§1), de détresse (§2), et d'état de nécessité. Elles nous paraissent pertinentes comme moyens de défense des États en cette période où les mesures de lutte contre la pandémie de Covid-19 exposent les États à d'éventuelles poursuites des investisseurs. Il y a lieu de préciser que l'état de nécessité a figuré en bonne place dans les affaires fondées sur le traité et intentées à la suite de la crise financière argentine. Tel n'a cependant pas été le cas des deux autres moyens de défense dans les affaires relatives aux traités d'investissement.

§ 1. La force majeure

La force majeure est une notion classique, qui ne relève pas exclusivement du droit international. Elle permet à un État d'échapper à sa responsabilité si son comportement, même s'il est de *prima facie* en violation d'une obligation internationale, a été contraint par des événements extérieurs échappant à son contrôle.

En droit international des investissements, ce moyen pourrait être invoqué dans des circonstances exceptionnelles ayant conduit à la destruction de l'investissement sans que l'État n'ait pu faire quoi que ce soit pour l'empêcher. La question qui se pose ici est de savoir si les États peuvent invoquer la pandémie de Covid-19 comme un cas de force majeure en vertu du droit international coutumier.

En effet, la force majeure est prévue à l'article 23 paragraphe 1 de l'article de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite qui dispose que « l'illicéité du fait d'un État non conforme à une obligation internationale de cet État est exclue si ce fait est dû à la force majeure, consistant en la survenance d'une force irrésistible ou d'un événement extérieur imprévu qui échappe au contrôle de l'État et fait

³⁸⁴ CORREA, C.M., SYAM, N. et URIBE, D., préc., note 19, 16.

qu'il est matériellement impossible, étant donné les circonstances, d'exécuter l'obligation ».

Il existe deux exceptions où le paragraphe 1 de l'article 23 ne s'applique pas, si « a) la situation de force majeure est due, soit seule, soit en combinaison avec d'autres facteurs, au comportement de l'État qui l'invoque ; ou (b) l'État a assumé le risque que cette situation se produise ».

Au regard de cette disposition, pour qu'un État puisse invoquer la défense de force majeure, cinq conditions doivent être remplies : Il doit y avoir un événement imprévu ou une force irrésistible qui échappe au contrôle de l'État ; il doit en outre rendre l'exécution d'une obligation matériellement impossible ; L'État ne doit pas avoir contribué à la situation ; et l'État ne doit pas avoir assumé le risque que la situation se produise.

Nous analyserons à tour de rôle, chacune de ces conditions, sauf la dernière exception qui dépendra probablement du langage spécifique des engagements conventionnels particuliers.

1. La survenance d'un événement imprévu ou d'une force irrésistible qui échappe au contrôle de l'État

L'événement extérieur imprévu est un événement qui n'a pas été prévu ou qui ne pouvait pas être aisément prévisible. Dans le contexte de la pandémie Covid-19, il semblerait juste de dire que si l'épidémie initiale du virus (SRAS-CoV2) était imprévue, le risque de propagation à grande échelle dans les prochaines années était néanmoins prévisible³⁸⁵. La plupart des États où le virus s'est propagé au début, alors qu'il y avait une incertitude considérable quant à ce qui se passait, peuvent être en mesure de s'appuyer sur le caractère imprévu de l'événement. Mais ce n'est peut-être pas le cas pour tous. Dans les États où le virus s'est propagé une fois l'épidémie connue, l'événement n'aurait pas été imprévu ou imprévisible³⁸⁶.

³⁸⁵ LABONTÉ, F., « Pandemic Responses and the Threat of Investor-State Disputes », 2021, en ligne : <<http://globalhealthequity.ca/wp-content/uploads/2021/02/Pandemic-Responses-and-the-Threat-of-Investor-State-Disputes-1.pdf>>.

³⁸⁶ PADDEU, F. et JEPHCOTT, F., « COVID-19 and Defences in the Law of State Responsibility: Part I », *EJIL:Talk* (17 mars 2020), en ligne : <<https://www.ejiltalk.org/covid-19-and-defences-in-the-law-of-state-responsibility-part-i/>>.

L'article 23 parle d'un « événement imprévu ou une force irrésistible ». Les commentaires des articles de la CDI ne définissent pas ce que nous devons entendre par « force », mais il est plausible que « force » n'implique pas ici un événement ayant une certaine force physique (comme un tremblement de terre), mais plutôt tout événement qui peut causer une certaine contrainte ou coercition. Les commentaires des articles de la CDI précisent que « l'adjectif irrésistible qui qualifie le mot « force » est employé pour rendre l'idée de l'existence d'une contrainte à laquelle l'État n'a pas pu se soustraire ni s'opposer par ses propres moyens »³⁸⁷. L'événement ou la force doit être hors du contrôle de l'État. Concrètement, Il est question de savoir ici si l'événement domine ou dépasse l'État. Une autre question qui se pose ici est celle de savoir si les États auraient pu faire quelque chose pour éviter que le virus n'atteigne leur territoire. Les études montrent que l'événement était irrésistible³⁸⁸, les États n'auraient rien pu faire pour l'empêcher ; en ce sens les mesures prises par les États (fermetures des frontières etc.) se sont révélés inefficaces pour empêcher la propagation du virus.

On peut, en outre, se demander si le virus aurait pu être maîtrisé plus tôt, afin d'empêcher le début des transmissions à l'intérieur du pays, de sorte que sa propagation ultérieure n'était pas « irrésistible ». Sur ce point, les études ont montré que le traçage des contacts (c'est-à-dire le traçage des individus ayant été en contact avec une personne infectée), que la communauté scientifique considérait comme le principal outil pour contenir une épidémie, n'est pas particulièrement efficace dans les situations de transmission asymptomatique, comme cela semble être le cas avec le Covid-19³⁸⁹.

En d'autres termes, l'événement ou la force doit être hors du contrôle de l'État. Concrètement, Il est question de savoir ici si l'événement domine ou dépasse l'État. Comme nous pouvons le remarquer, cette deuxième condition est étroitement liée au caractère imprévu ou irrésistible de l'événement, en sorte que les considérations ci-dessus s'appliqueraient également ici.

³⁸⁷ *Commentaires sur le projet d'article sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, préc., note 376, p. 196.

³⁸⁸ PADDEU, F. et JEPHCOTT, F., préc., note 384.

³⁸⁹ *Id.*

2. L'événement doit entraîner une « impossibilité matérielle » d'exécuter une obligation internationale

Sans définir ce que l'on entend par « impossibilité matérielle », le commentaire des articles de la CDI précise que l'impossibilité matérielle d'exécuter une obligation internationale peut être due à un phénomène naturel ou physique (par exemple des intempéries pouvant obliger l'aéronef d'un État à se dérouter vers le territoire d'un autre État, des tremblements de terre, inondations ou sécheresses) ou à une activité de l'homme (par exemple la perte de contrôle sur une partie du territoire d'un État consécutive à une insurrection ou la dévastation d'une zone consécutive à des opérations militaires conduites par un État tiers), ou à une combinaison de ces deux éléments³⁹⁰. Les travaux qui ont conduit à l'adoption de cette disposition, ainsi que la pratique passée, suggèrent que l'impossibilité doit être matérielle et absolue. « Absolu » renvoie au degré de cette impossibilité : l'État ne doit avoir aucun moyen d'exécuter l'obligation en question, il ne doit y avoir aucune option qui s'offre à lui³⁹¹.

Par ailleurs, nous pouvons répondre à la question de savoir si la pandémie a provoqué ce type d'impossibilité : cela dépendra de l'obligation en cause. Toutefois, d'une manière générale nous pensons que les États avaient le choix entre continuer à fonctionner comme d'habitude (c'est-à-dire laisser les gens continuer à se déplacer, voyager, etc.) et adopter les mesures réglementaires pour faire face à la crise sanitaire. Ils ont fait le second choix. C'est le cas par exemple de la Suède, de la Biélorussie et des Pays-Bas qui avaient choisi une stratégie différente, quasiment aucune mesure restrictive, préférant tabler sur l'immunité collective³⁹². Certains États tels que le Japon,

³⁹⁰ *Commentaires sur le projet d'article sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, préc., note 376, p. 196.

³⁹¹ PADDEU, F. et JEPHCOTT, F., préc., note 384.

³⁹² « Coronavirus : les pays qui n'ont pas confiné "ont le même résultat" que les autres », *Europe 1* (7 mai 2020), en ligne : <<https://www.europe1.fr/sante/coronavirus-les-pays-qui-nont-pas-confine-ont-le-meme-resultat-que-les-autres-selon-jean-francois-toussaint-3966849>>; « Covid-19 : la Suède et la Biélorussie, ces pays qui ne se sont pas confinés », *France 24* (14 mai 2020), en ligne : <<https://www.france24.com/fr/20200514-covid-19-la-su%C3%A8de-et-la-bi%C3%A9lorussie-ces-pays-qui-ne-se-sont-pas-confin%C3%A9s>>; « Covid-19: qui est confiné dans le monde et qui ne l'est pas? », *BFM* (21 janvier 2021), en ligne : <https://rnc.bfmtv.com/actualites/international/covid-19-qui-est-confine-dans-le-monde-et-qui-ne-l-est-pas_AV-202101250541.html>.

la Corée du Sud, et le Singapour ont préféré tracer et tester la population plutôt que confiner³⁹³.

Une telle conduite est, bien sûr, limitée par des événements externes mais elle n'est pas « involontaire » et elle n'implique « aucun élément de libre choix ». Si les États ont des choix, aussi limités soient-ils, alors ils ne sont pas confrontés à une impossibilité absolue d'exécution, mais à une impossibilité relative. Cela les met hors du champ d'application de la force majeure, et les glisse dans les défenses de la nécessité et de la détresse.

3. L'État ne doit pas avoir contribué à la situation.

La force majeure ne s'étend pas aux circonstances dans lesquelles l'exécution d'une obligation a été rendue difficile, par exemple par une crise politique ou économique. Elle ne s'étend pas non plus aux situations dues à la négligence ou à la faute de l'État considéré, même si le préjudice lui-même qui en découle était accidentel et non intentionnel.

Dans le contexte de la pandémie, il est vrai que des mesures telles que la quarantaine, y compris les restrictions commerciales et autres, contribuent de manière significative à la lutte contre la pandémie, et il est difficile d'affirmer sérieusement que les États ont substantiellement contribué à la création d'une pandémie. Cette norme est néanmoins quelque peu vague³⁹⁴. Jusqu'où peut-on trouver des causes contributives dans le passé ? On peut soutenir que tout, allant du sous-financement chronique des soins de santé publics aux réactions lentes pour prévenir ou contenir la propagation de la maladie, peut être pertinent pour cette évaluation. Par exemple, la Chine pourrait avoir du mal à faire valoir qu'elle n'a pas substantiellement contribué à la situation. Le gouvernement n'a pas appliqué les mesures adéquates d'infection, de prévention et de contrôle (IPC) sur les marchés humides, malgré le fait que les mauvaises conditions d'hygiène dans ces marchés humides ont été impliquées dans un certain nombre

³⁹³ « Ces pays qui ne se confinent pas », *Les échos start* (4 avril 2020), en ligne : <<https://start.lesechos.fr/societe/engagement-societal/ces-pays-qui-ne-se-confinent-pas-1193682>>.

³⁹⁴ PADDEU, F. et JEPHCOTT, F., préc., note 384.

d'épidémies de grippe aviaire chez l'homme ainsi que l'épidémie de SRAS de 2002-2003³⁹⁵.

On peut dès lors constater que l'exception de force majeure est très stricte et que les États ont rarement eu gain de cause en l'invoquant en droit international. Par ailleurs, la pandémie de Covid-19 s'apparente à un événement déclenchant potentiellement une situation de force majeure, mais les États rencontreront néanmoins quelques difficultés à démontrer l'impossibilité matérielle d'exécution requise par l'article 23. Cela dépendra bien entendu de l'obligation spécifique en cause dans chaque cas, mais dans la plupart des cas, les États ont probablement un choix (même s'il est difficile) en matière de conformité.

En définitive, ainsi qu'on peut le constater avec Federica Paddeu et Freya Jephcott, ces considérations font qu'une défense de force majeure a peu de chances de réussir et a rarement été couronnée de succès³⁹⁶.

§ 2. La détresse

Aux termes de l'article 24 des articles de la CDI :

1. L'illicéité du fait d'un État non conforme à une obligation internationale de cet État est exclue si l'auteur dudit fait n'a raisonnablement pas d'autre moyen, dans une situation de détresse, de sauver sa propre vie ou celle de personnes qu'il a la charge de protéger.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas : a) Si la situation de détresse est due, soit uniquement soit en conjonction avec d'autres facteurs, au comportement de l'État qui l'invoque ; ou b) Si ledit fait est susceptible de créer un péril comparable ou plus grave.

Cette disposition prévoit « l'exclusion de l'illicéité du comportement adopté par l'agent de l'État dans les cas où l'agent n'avait raisonnablement pas d'autre moyen de sauver les vies en question ». L'intérêt ici est de sauver la vie de personnes, quelle que soit leur nationalité³⁹⁷.

³⁹⁵ PADDEU, F. et JEPHCOTT, F., préc., note 32.

³⁹⁶ *Idem*, note 351.

³⁹⁷ *Commentaires sur le projet d'article sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, préc., note 376, par. 1.

Ainsi, pour faire valoir ce moyen, l'État devrait prouver l'existence d'une menace pour la vie des personnes ; il devrait en outre prouver qu'il existe une relation spéciale entre l'organe ou l'agent de l'État et les personnes en danger ; qu'il n'y avait aucun autre moyen raisonnable de faire face à la menace ; qu'il n'a pas contribué à la situation ; et que les mesures étaient proportionnées.

1. La menace à la vie

L'exception de détresse prévue à l'article 24 ne s'applique que dans les cas où la vie humaine est en danger. Dans l'affaire du Rainbow Warrior, le tribunal arbitral a semblé interpréter d'une manière plus large les circonstances justifiant l'invocation de l'exception de détresse, en acceptant apparemment qu'un risque sérieux pour la santé suffirait³⁹⁸. Ainsi donc, dans le contexte de la pandémie, cette première condition devrait être facilement satisfaite. Car comme indiqué précédemment, il existe une menace pour la vie des individus, en particulier pour les groupes vulnérables de la société.

2. L'exigence d'une relation spéciale entre l'organe ou l'agent de l'État et les personnes en danger

La situation de détresse ne peut être invoquée comme circonstance excluant l'illicéité que dans les cas où un agent de l'État a agi pour sauver sa vie ou dans les cas où il existe une relation spéciale entre l'organe ou l'agent de l'État et les personnes en danger.

Cette exigence vise à exclure de l'application de la détresse les situations d'« urgence plus générales » qui, selon les commentaires des articles de la CDI, sont « plus une question de nécessité que de détresse »³⁹⁹. Une relation générale entre l'État et sa propre population semble insuffisante. Les exemples donnés dans les commentaires suggèrent qu'un aspect important de la « relation spéciale » entre l'organe qui prend la

³⁹⁸ *Id.*, par. 6.

³⁹⁹ *Id.*, par. 7.

décision et les individus dont la vie est menacée est le contrôle⁴⁰⁰. Il s'agit donc de savoir si le sort de ces individus est sous le contrôle de l'organe de l'État.

Dans le contexte de la pandémie, nous pensons que cette condition peut être remplie. En effet, dans la mesure où seul le gouvernement central a le pouvoir de mettre en place des mesures de confinement ou d'atténuation dans ces types d'urgence, il est possible de soutenir qu'il existe une relation particulière : dans une certaine mesure, le sort de la population est sous le contrôle de l'État.

3. La mesure prise par l'État doit être le « seul moyen » raisonnable

L'exception de détresse exige que les mesures soient le seul moyen raisonnable. Cette exigence « vise à établir un équilibre entre le souci de permettre à l'agent de choisir les moyens d'agir pour sauver des vies, d'une part, et la nécessité de limiter le champ de l'exception compte tenu de son caractère exceptionnel, d'autre part »⁴⁰¹. En d'autres termes, il vise à fournir une certaine « flexibilité concernant le choix de l'action ». Le seuil d'exigence posé par cette norme est inférieur contrairement à la défense de nécessité qui exige que les mesures soient le « seul moyen » de faire face à l'urgence.

Dans le contexte de la pandémie, nous pouvons considérer que certaines mesures (par exemple les mesures de confinement et de distanciation sociale) ont été le seul moyen raisonnable pour sauver des vies, compte tenu de l'absence de vaccins ou de traitements au début de la crise sanitaire. Cependant, il est important de souligner une fois de plus que l'ensemble des mesures et peut-être chaque mesure adoptées par chaque État peut nécessiter un examen minutieux. Prises individuellement, certaines, comme les interdictions de voyager une fois qu'il y a transmission à l'intérieur du pays, peuvent ne pas être raisonnables.

⁴⁰⁰ PADDEU, F. et JEPHCOTT, F., « COVID-19 and Defences in the Law of State Responsibility: Part II », *EJIL:Talk* (17 mars 2020), en ligne : <<https://www.ejiltalk.org/covid-19-and-defences-in-the-law-of-state-responsibility-part-ii/>>.

⁴⁰¹ *Commentaires sur le projet d'article sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, préc., note 376, par. 6.

4. L'État ne doit pas avoir contribué à la situation

Si le comportement que l'on cherche à justifier met en danger davantage de vies qu'il ne peut en sauver ou s'il est susceptible de créer un péril plus grave, il ne sera pas couvert par l'exception de détresse⁴⁰². L'exigence de non-contribution est ici plus étroite qu'en cas de nécessité : les politiques de bonne foi qui ont contribué à la crise n'excluent pas le recours au moyen⁴⁰³.

5. L'exigence de la proportionnalité

Enfin, les mesures ne doivent pas créer un péril comparable ou supérieur. Il s'agit d'une exigence de proportionnalité entre les mesures adoptées, d'une part, et l'intérêt protégé par les obligations lésées de l'autre. L'intérêt protégé, comme en cas de nécessité, doit « clairement l'emporter sur les autres intérêts en jeu dans les circonstances ». Cet élément est susceptible d'être satisfait, selon notre analyse dans le cadre de l'exception de nécessité.

Cette défense n'a cependant jamais été invoquée avec succès dans un cas devant les juridictions arbitrales⁴⁰⁴.

Section 2. Présentation théorique de l'état de nécessité et analyse de la défense de nécessité dans la jurisprudence de la CIRDI liée à la crise argentine

Dans cette section, nous procéderons d'abord à la présentation théorique de l'état de nécessité (§1), ensuite nous analyserons la défense de nécessité au regard de la jurisprudence de la CIRDI liée à la crise d'Argentine (§2).

§1. Présentation théorique de l'état de nécessité

L'état de la nécessité est une notion bien ancrée dans le droit international coutumier. Il permet en effet à un État de justifier des mesures internationalement illicites par la nécessité impérieuse de répondre à une menace grave affectant l'un de ses intérêts

⁴⁰² *Id.*, par. 10.

⁴⁰³ PADDEU, F., et JEPHCOTT, F., préc., note 398.

⁴⁰⁴ LABONTE, R., préc. note 383.

essentiels. Comme nous l'avons indiqué ci-dessus, cette excuse a été codifiée par la commission du droit international (CDI) comme étant une circonstance excluant l'illicéité, à l'article 25 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État. Aux termes cet article, en effet :

1. L'État ne peut invoquer l'état de nécessité comme cause d'exclusion de l'illicéité d'un fait non conforme à l'une de ses obligations internationales que si ce fait : a) constitue pour l'État le seul moyen de protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent ; et b) ne porte pas gravement atteinte à un intérêt essentiel de l'État ou des États à l'égard desquels l'obligation existe ou de la communauté internationale dans son ensemble.
2. En tout cas, l'état de nécessité ne peut être invoqué par l'État comme cause d'exclusion de l'illicéité : a) si l'obligation internationale en question exclut la possibilité d'invoquer l'état de nécessité ; ou b) si l'État a contribué à la survenance de cette situation.

À la lecture de cette disposition, on constate que le droit international impose un certain nombre de conditions à l'invocation de l'excuse de nécessité que les tribunaux sont venus préciser. Ces conditions sont cumulatives, en ce qu'elles doivent toutes être remplies pour qu'un État puisse invoquer cette excuse. Celle-ci est, en conséquence, assez rarement admise dans la pratique⁴⁰⁵. Ainsi qu'on le verra dans la section suivante, les sentences ayant admis l'état de nécessité dans le contexte de la crise sont assez minoritaires. Les conditions cumulatives ont pour finalité d'empêcher une utilisation abusive de cette excuse, qualifiée de « simple soupape de sécurité » pour l'État, qui viderait de tout sens un grand nombre d'engagements internationaux⁴⁰⁶.

Le caractère exceptionnel de l'état de nécessité fait que ce dernier ne pourra être que rarement invoqué pour excuser l'inexécution d'une obligation et que cette excuse est soumise à de strictes limitations pour prévenir les abus⁴⁰⁷. En ce sens, les affaires

⁴⁰⁵ NANTEUIL, A. de, préc., note 82, p. 460.

⁴⁰⁶ FOURET, J. et KHAYAT, D., « Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI) », (2005) 18-2 *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 354.

⁴⁰⁷ *Commentaires sur le projet d'article sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, préc., note 376, p. 208-209.

argentines portées devant les tribunaux d'investissements démontrent que le seuil de cette défense est extrêmement élevé.

Les conditions cumulatives qui doivent être remplies par un État pour pouvoir invoquer avec succès l'état de nécessité, selon l'article 25 des articles de la CDI, sont les suivantes : il doit exister un péril grave et imminent ; ce péril doit menacer un intérêt essentiel ; l'acte de l'État doit être le « seul moyen » de protéger l'intérêt contre ce péril.

Outre ces conditions énoncées au paragraphe 1 de l'article 25, le paragraphe 2 fixe deux limites à la possibilité d'invoquer l'état de nécessité, qui sont d'application générale, ainsi qu'il ressort des mots « en tout cas ». Le point a) du paragraphe 2 vise les cas où la possibilité d'invoquer l'état de nécessité est exclue explicitement ou implicitement par l'obligation internationale en cause. Aux termes du point b) du paragraphe 2, l'État responsable ne peut invoquer l'état de nécessité s'il a contribué à la survenance de cette situation.

1. Il doit y avoir un péril grave et imminent

En ce qui concerne le degré de certitude requis pour établir une réclamation pour un péril admissible, la Cour internationale de Justice (CIJ) a jugé, dans l'affaire relative à la Gabčíkovo-Nagymarosprojet (affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros 42), que le mot « péril » évoque certainement l'idée de « risque » ; c'est précisément ce qui distingue le « péril » du dommage matériel. Mais un état de nécessité ne saurait exister sans un péril dument constaté au moment pertinent.

Le péril doit être « imminent », en ce que le risque redouté ne s'est pas encore matérialisé. Il doit être grave et objectivement établi, la seule appréhension d'un péril ne pouvant à cet égard suffire⁴⁰⁸. De plus, l'imminence signifie ce qui est sur le point de se produire. Elle renvoie à un caractère de proximité⁴⁰⁹, à la certitude qu'un événement va se produire.

Il n'est pas nécessaire que le dommage se soit produit au moment où un État agit dans une situation de nécessité. Dans tout le cas, le but de la défense est d'empêcher

⁴⁰⁸ *Id.*, p. 217.

⁴⁰⁹ *Id.*

que ce dommage ne se produise pas. Mais la défense devrait également être disponible lorsque les États visent à empêcher qu'un dommage en cours ne devienne plus grave ou plus étendu, bien qu'on puisse se demander si, en n'agissant pas avant que le dommage ne commence à se matérialiser, l'État n'aura pas contribué à la situation de nécessité.

La source du préjudice, c'est-à-dire l'événement qui causera un dommage à l'intérêt essentiel, peut être un événement passé, un événement en cours ou un événement futur. Et le risque peut faire référence à la survenance de l'événement lui-même afin que l'État puisse agir pour empêcher sa survenance, ou à la matérialisation du préjudice résultant de l'événement afin que l'État puisse adopter des mesures pour sauvegarder des intérêts essentiels face à l'événement.

La pandémie de Covid-19 semble répondre à cette exigence. C'est un événement qui représente une menace imminente de préjudice grave pour la population mondiale. La propagation rapide de l'infection, associée au taux de mortalité élevé, constitue un grave préjudice pour la population.

2. Le péril doit menacer « un intérêt essentiel »

Cette condition se rapporte à l'intérêt que l'État requérant souhaite protéger et exige explicitement que cet intérêt soit « essentiel ». Selon Roberto Ago, les « intérêts essentiels » sont « les intérêts qui revêtent une importance exceptionnelle pour l'État cherchant à l'affirmer ». En ce qui concerne la signification de l'« intérêt essentiel », la CDI a observé que « la mesure dans laquelle un intérêt donné est essentiel dépend de toutes les circonstances et ne peut être préjugée »⁴¹⁰ et cela s'étend aux intérêts particuliers de l'État et de ses ressortissants, comme aux intérêts de la communauté internationale dans son ensemble⁴¹¹. En d'autres termes, l'intérêt invoqué « doit être tel qu'il l'emporte sur toutes les autres considérations, non seulement du point de vue de l'État auteur du fait dont il s'agit, mais selon une appréciation raisonnable des intérêts en présence, qu'ils soient individuels ou collectifs »⁴¹². Il englobe non seulement « l'existence

⁴¹⁰ *Id.*, par. 15.

⁴¹¹ *Id.*

⁴¹² *Id.*, par. 17.

et l'indépendance d'un État lui-même »⁴¹³, mais aussi d'autres intérêts subsidiaires néanmoins essentiels tels que la préservation des intérêts sociaux, la stabilité économique et environnementale, et sa capacité à subvenir aux besoins fondamentaux de sa population⁴¹⁴. L'appréhension d'un péril éventuel n'est pas suffisante.

La décision du directeur général de l'OMS de la classer comme une urgence de santé publique de portée internationale, témoigne que l'épidémie de Covid-19 constitue une menace sérieuse pour la santé et la vie des individus au sein d'un État mais, également et surtout dans d'autres États. Elle constitue par ailleurs une menace pour le fonctionnement continu des services de santé. À titre illustratif, le bien-être de la population d'un État et le fonctionnement continu de ses services publics ont été acceptés comme constituant des « intérêts essentiels » dans l'arbitrage des traités d'investissement⁴¹⁵. Bien entendu, cette détermination est affectée par la nature de l'intérêt lésé, mais il semble raisonnable de supposer que dans la plupart des circonstances, le bien-être des individus et, en particulier, la sauvegarde de leur vie pourront être considérés comme un intérêt essentiel.

3. L'acte de l'État doit être le « seul moyen » de protéger un intérêt essentiel contre ce péril grave et imminent.

L'existence d'une menace n'est pas suffisante. Encore faut-il que les mesures prises par l'État pour y faire face aient été le seul moyen à sa disposition. Cette excuse sera rejetée si d'autres moyens alternatifs sont disponibles, même s'ils sont plus onéreux ou moins commodes⁴¹⁶. L'évaluation doit être faite du point de vue des organes de l'État qui adoptent les mesures avec le degré de connaissance dont ils disposent à ce moment-là. Elle implique une analyse plus fine de l'ensemble des réactions possibles à la situation qualifiée de nécessité, ce qui impose parfois de se prononcer sur des choix politiques du

⁴¹³ Dans l'affaire *Sempra*, il a été jugé que bien que la crise financière argentine ait été grave, cela ne suffisait pas à suggérer qu'elle « compromettait l'existence même de l'État et son indépendance. *Sempra Energy International c. Argentine*, affaire n° CIRDI ARB/02/16 sentence du 28 septembre 2007, préc., note 207, par. 348.

⁴¹⁴ JONES, P.D., préc., note 26, 35-36.

⁴¹⁵ *National Grid plc c. Argentine*, CNUDCI, sentence du 3 novembre 2008, par. 245: « *The actions of the Respondent had as an objective the protection of social stability and the maintenance of essential services vital to the health and welfare of the population, an objective which is recognized in the framework of the international law of human rights* ».

⁴¹⁶ *Commentaires sur le projet d'article sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, préc., note 376, par. 15.

gouvernement⁴¹⁷. Nous verrons que certains tribunaux ont rejeté l'excuse de nécessité invoquée par l'Argentine, considérant que les mesures adoptées par ce pays n'étaient pas les seules disponibles pour faire face à la situation⁴¹⁸.

Dans le contexte du Covid-19, cette condition risque d'être difficile à remplir, car il n'existe pas de moyen unique de lutter contre les épidémies virales ou de résoudre une crise d'une manière générale. La question de savoir si un État est en mesure de satisfaire à l'exigence du « seul moyen » dépendra de l'obligation prétendument violée et de l'évaluation faite par rapport à d'autres moyens alternatifs. Compte tenu de toutes les incertitudes liées au virus au moment de son apparition et du manque de vaccins efficaces ou de traitements à la disposition des États, certaines mesures (mise en quarantaine, interdiction des rassemblements, etc.) étaient tout ce que les États pouvaient faire pour protéger leurs populations. Cependant, lorsqu'elles sont examinées individuellement, certaines ou d'autres mesures peuvent s'avérer ne pas être le seul moyen⁴¹⁹.

4. L'acte de l'État ne doit pas avoir contribué à la survenance de cette situation

La défense de nécessité ne peut être invoquée si l'État a contribué à la situation de nécessité. La justification de cette exception est relativement claire comme l'explique le tribunal dans l'affaire *Enron c. Argentine* que nous verrons plus tard : « C'est bien sur l'expression d'un principe général du droit conçu pour empêcher une partie de tirer un avantage légal de sa propre faute »⁴²⁰. La CDI précise qu'une contribution peut résulter soit d'un acte soit d'une omission, et doit atteindre un niveau « substantiel et non pas simplement accessoire ou secondaire »⁴²¹.

⁴¹⁷ NANTEUIL, A. de, préc., note 82, p. 461.

⁴¹⁸ *Enron Corporation et Ponderosa Assets, L.P c. Argentine, Affaire n° ARB/01/3, sentence du 22 mai 2007*, préc., note 189, par. 308.

⁴¹⁹ PADDEU, F. et JEPHCOTT, F., « COVID-19 and Defences in the Law of State Responsibility: Part II », *EJIL:Talk* (17 mars 2020), en ligne : <<https://www.ejiltalk.org/covid-19-and-defences-in-the-law-of-state-responsibility-part-ii/>>.

⁴²⁰ *Enron Corporation et Ponderosa Assets, L.P c. Argentine, Affaire n° ARB/01/3, sentence du 22 mai 2007*, préc., note 189, par. 311.

⁴²¹ *Commentaires sur le projet d'article sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, préc., note 376, par. 20.

Il peut néanmoins être difficile d'apporter la preuve de cette exigence dans le contexte de la pandémie de Covid-19, en particulier lorsqu'un État a pris des mesures contradictoires, comme dans le cas du Royaume-Uni où un confinement a d'abord été refusé puis appliqué⁴²², ou tarde à prendre des mesures, comme dans le cas de la fermeture des frontières au Canada⁴²³, ou encore en raison d'un financement limité de la santé publique⁴²⁴. La contribution d'un État à la situation de nécessité peut être la conséquence, entre autres, de politiques bien intentionnées, mais mal conçues⁴²⁵. Les lacunes en matière de préparation à la pandémie ou de financement de la santé publique peuvent être considérées comme une contribution de l'État au péril Covid-19 lui-même.

§2. La défense de nécessité au regard de la jurisprudence de la CIRDI liée à la crise d'Argentine

La défense de nécessité était le principal moyen de défense de l'Argentine dans une série de réclamations d'investisseurs américains à la suite de la crise financière et économique de 2001-2002 qu'a connue ce pays. La majorité de ces différends sont survenus après janvier 2002, lorsque l'Argentine a promulgué la loi sur l'urgence économique n° 25 561 du 6 janvier 2002 qui, entre autres mesures, a abandonné la parité peso-dollar qui était en vigueur depuis 1991, suscitant ainsi une vague de demandes d'arbitrage fondées sur divers traités de protection des investissements⁴²⁶. Concrètement, la situation financière nationale et internationale ne permettant plus au gouvernement argentin de préserver la convertibilité maintenue de plus en plus artificiellement, le peso a dû être « décroché » du dollar et abandonné aux forces du marché. Cette monnaie fut fortement dévaluée, sa valeur tombant aussi bas qu'à un taux de 3,6 pour 1 dollar états-unien. Cette dévaluation subite signifiait toutefois que si l'on reprenait la méthode de calcul des prix en dollars des États-Unis et indexés en fonction de l'indice des prix à la

⁴²² « Johnson puts UK in lockdown in Coronavirus U-turn », *Euractiv* (17 mars 2020), en ligne : <<https://www.euractiv.com/section/coronavirus/news/johnson-puts-uk-in-lockdown-in-coronavirus-u-turn/>>.

⁴²³ « Canada closing borders to noncitizens because of coronavirus, US citizens exempt from ban 'for the moment' », *cnc* (16 mars 2020), en ligne : <<https://www.cnc.com/2020/03/16/coronavirus-response-canada-closing-borders-to-non-citizens.html>>.

⁴²⁴ PADDEU, F. et JEPHCOTT, F., préc., note 398.

⁴²⁵ JONES, P.D., préc., note 26, 36.

⁴²⁶ GAILLARD, E., « L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements », *Revue de l'arbitrage* 2003.3.

production (IPP) pour être ensuite exprimés en peso au moment de la facturation, le prix d'éléments et de services aussi essentiels que le gaz, l'eau et l'électricité aurait, pour les familles argentines (déjà fortement touchées par la crise, faut-il le rappeler) été multiplié par 3,6 les rendant *de facto* inaccessibles pour plusieurs d'entre elles.

Pour les investisseurs, cet abandon était synonyme d'une diminution substantielle de leurs profits, ceux-ci étant désormais calculés dans une monnaie ne valant plus qu'une partie aliquote de sa valeur antérieure⁴²⁷. Dans la plupart des requêtes, les investisseurs concernés ont en effet soutenu que la mesure affectant les tarifs de leur concession ou l'équilibre de leur contrat constituait une mesure équivalant à une expropriation et qu'elle violait diverses dispositions protectrices des traités⁴²⁸.

Selon l'Argentine, ces mesures économiques et financières étaient nécessaires et constituaient le seul moyen de garantir l'ordre public, d'éviter un nouvel effondrement économique et de répartir équitablement le coût de la crise entre tous les acteurs de l'économie, y compris les concessionnaires de services d'utilité publique, parmi lesquels plusieurs investisseurs étrangers. En d'autres termes, l'Argentine défendait ses mesures réglementaires par l'état de nécessité lorsque celui-ci était prévu par les TBI, et par le droit international coutumier. Un tel argument, exempté en principe de la protection des traités les normes étatiques adoptées, pour faire front à des circonstances exceptionnelles.

L'Argentine est à ce jour le pays le plus poursuivi à travers le monde avec au moins soixante-deux réclamations connues déposées contre elle, tandis que les sentences prononcées à son encontre l'ont contrainte à payer des dommages et intérêts aux différents investisseurs s'élevant à plus de deux milliards de dollars américains.

La jurisprudence des tribunaux d'investissement connaissant de telles réclamations représente l'ensemble de jurisprudence le plus important sur le sujet. Alors que les tribunaux ont systématiquement assumé leur compétence, les décisions finales

⁴²⁷ REMI, B., « CMS contre Argentine : Premières réflexions sur une sentence arbitrale qui deviendra célèbre », *Centre d'études sur l'intégration et la mondialisation -CEIM*, 1.

⁴²⁸ GAILLARD, E., préc., note 424

ont été mitigées et incohérentes, malgré la similarité des faits, en réponse à la même mesure gouvernementale et bien qu'ayant été soumis à des règles de fond et de procédure presque identiques. Caractérisées par une forte incohérence, les sentences arbitrales pèchent par leur hétérogénéité.

En d'autres termes, la défense fondée sur l'état de nécessité a été interprétée de manière incohérente et contradictoire par les tribunaux d'investissement malgré des circonstances factuelles identiques ou très similaires. À titre illustratif, dans le cadre des poursuites susmentionnées subies par l'Argentine, pour une affaire, le tribunal a rejeté la défense fondée sur l'état de nécessité en considérant que l'État avait contribué à la « situation de nécessité ». Un autre tribunal a soutenu la défense de l'Argentine fondée sur l'état de nécessité dans des circonstances similaires. Ces décisions ont été rendues avec à peine dix-huit mois d'écart.

Le tribunal a analysé la défense d'état de nécessité sous deux angles : tout d'abord au regard du traité prévoyant la clause d'exception de sécurité (1) et ensuite au regard du droit international coutumier (2).

1. État de nécessité en vertu de la clause d'exception de sécurité du TBI États-Unis/Argentine

L'article XI du TBI États-Unis - Argentine prévoit la possibilité pour un État de prendre certaines mesures d'urgence. Il dispose que le traité n'empêche pas les parties de prendre les mesures nécessaires au maintien de l'ordre public et à la protection des intérêts essentiels de sécurité : « *This treaty shall not preclude the application by either party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests* »⁴²⁹.

L'article IV (3) du TBI dispose que « les ressortissants ou sociétés de l'une ou l'autre des parties dont les investissements subissent des pertes sur le territoire de l'autre partie en raison d'une guerre ou d'un autre conflit armé, d'une révolution, d'un état d'urgence nationale, d'une insurrection, de troubles civils ou d'autres événements

⁴²⁹ *Traité bilatéral d'investissement États-Unis/Argentine*, 1991.

similaires bénéficieront de la part de cette autre partie d'un traitement non moins favorable que celui accordé à ses propres sociétés ou aux ressortissants ou sociétés de tout pays tiers, selon le traitement le plus favorable, en ce qui concerne toute mesure qu'elle adopte en relation avec ces pertes ».

D'une manière générale, c'est la question de la protection des intérêts essentiels de sécurité qui a été, à de nombreuses reprises, examinée par les tribunaux CIRDI. En effet, cette question a été invoquée par l'Argentine comme lui permettant de justifier ou d'excuser son comportement en vertu du TBI. Il s'agirait donc, selon l'Argentine, d'une clause conventionnelle reflétant le principe coutumier d'état de nécessité.

Dans les affaires rendues sur le fondement du TBI États-Unis - Argentine, et traitant donc des rapports entre l'article 25 du texte CDI et l'article XI de ce TBI, les arbitres CIRDI n'ont pas manqué d'imagination. Confrontés à la tâche de l'interprétation de l'article XI, notamment dans ses rapports avec l'état de nécessité coutumier, les arbitres vont en effet dévoiler pas moins de trois interprétations différentes (avec des prises de position clairement distinctes entre tribunaux et comités *ad hoc*).

a. L'affaire CIRDI CMS Gas Transmission Company c. Argentine

Dans la première affaire concernant l'Argentine, l'affaire CMS, le tribunal s'est concentré sur les deux points traités ci-dessus, en cherchant à savoir si l'objet et le but du TBI excluent la possibilité d'invoquer la nécessité et si l'acte en question porte gravement atteinte à un intérêt essentiel de l'État ou des États envers lesquels l'obligation existe.

La troisième question à examiner était, selon le tribunal, de savoir si l'article XI peut être interprété de manière à prévoir qu'il inclut la crise économique comme un intérêt essentiel de sécurité.

En ce qui concerne cette dernière question, le tribunal a jugé que rien dans le contexte du droit international coutumier ou de l'objet du traité ne pourrait à lui seul exclure une crise économique majeure du champ d'application de cet article⁴³⁰. Il a en outre

⁴³⁰ *CMS Gas Transmission Company c. Argentine, Affaire CIRDI n° ARB/01/8, sentence du 12 mai 2005, préc., note 188, par. 104.*

souligné qu'un TBI doit normalement être interprété en fonction des préoccupations des deux parties. Dans un cas comme celui-ci, si la notion d'intérêts essentiels de sécurité était limitée aux intérêts politiques et de sécurité nationale immédiats, en particulier de caractère international, et excluait d'autres intérêts, par exemple les urgences économiques, elle pourrait, à son avis, aboutir à une interprétation inégale de l'article XI⁴³¹. Ensuite, le tribunal a déterminé si la disposition en question est ou n'est pas auto-jugeant. Il s'agit ici de déterminer selon le tribunal, si l'État qui adopte les mesures en question est le seul arbitre de la portée et de l'application de cette règle, ou si l'invocation de la nécessité, de l'urgence ou d'autres intérêts essentiels de sécurité est soumise à une certaine forme de contrôle judiciaire⁴³².

Le tribunal a jugé que l'article XI n'est pas auto-jugeant. Il a affirmé qu'un État qui se considère dans une situation d'urgence prendra les mesures qu'il estime appropriées sans demander l'avis du tribunal. Néanmoins, lorsque la légitimité des mesures prises est contestée ou remise en question devant un tribunal international, c'est ce dernier et non l'État, qui détermine si l'état de nécessité peut exclure l'illicéité. Il s'agit d'un examen de fond qui doit permettre de déterminer si l'état de nécessité ou d'urgence remplit les conditions posées par le droit international coutumier et les dispositions conventionnelles et s'il est donc ou non en mesure d'exclure l'illicéité⁴³³.

Le tribunal a conclu que les défenses de l'Argentine ne pouvaient être justifiées. De plus, il a noté que même s'il acceptait la défense de nécessité de l'Argentine, cela n'exclurait pas l'obligation d'indemniser l'investisseur (en référence à l'article 27 des articles sur la responsabilité des États). Il a par ailleurs noté qu'en vertu du droit international et des principes régissant la plupart des systèmes juridiques nationaux, une partie ne devrait pas supporter entièrement le coût du plaidoyer de l'intérêt essentiel de l'autre partie⁴³⁴.

b. La demande d'annulation de la sentence de la CMS

⁴³¹ *Id.*, par. 105.

⁴³² *Id.*

⁴³³ *Id.*, par. 108.

⁴³⁴ *Id.*, par. 388-390.

Le 8 septembre 2005, l'Argentine a demandé l'annulation de la sentence de la CMS. Cette demande était basée sur deux des cinq motifs considérés dans l'article 52 de la convention CIRDI à savoir que le tribunal avait manifestement outrepassé ses pouvoirs et qu'il n'avait pas motivé sa décision.

La convention CIRDI n'autorise l'annulation des sentences arbitrales que pour des motifs très restrictifs, à savoir : « (a) le tribunal n'a pas été régulièrement constitué ; (b) le tribunal a manifestement outrepassé ses pouvoirs ; (c) il y a eu corruption d'un membre du tribunal ; (d) il y a eu une dérogation grave à une règle fondamentale de procédure ; et (e) la sentence n'est pas motivée »⁴³⁵.

Dans sa requête, l'Argentine a soutenu que le tribunal a manifestement outrepassé ses pouvoirs en exerçant sa compétence à l'égard des réclamations de l'actionnaire d'une société pour des revenus perdus par la société⁴³⁶. Il a également déclaré que le tribunal, dans sa décision sur la compétence et dans ses conclusions relatives au TBI et au droit international coutumier de la nécessité, ainsi que dans son calcul des dommages-intérêts, n'a pas motivé sa sentence, contrairement à l'article 52 (e) de la convention CIRDI⁴³⁷.

Il faut avoir à l'esprit que le système CIRDI n'a pas d'étape d'appel, mais qu'il permet seulement la demande d'annulation d'une sentence. Cette demande ne peut être fondée que sur l'une des raisons mentionnées ci-dessus. L'annulation a une fonction limitée⁴³⁸. La décision du comité *ad hoc* ne sera examinée qu'en ce qui concerne l'état de nécessité.

Le comité a tout d'abord observé que le tribunal a traité de la défense de l'Argentine fondée sur l'état de nécessité ou d'urgence en vertu du droit international coutumier avant d'examiner l'article XI du TBI⁴³⁹. Il a en outre rappelé que le tribunal avait établi que l'article 25 du projet d'articles constituait le droit international coutumier en la matière et qu'il avait

⁴³⁵ Article 52 de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats.

⁴³⁶ *CMS Gas Transmission Company c. Argentine, Affaire CIRDI n° ARB/01/8, Décision du Comité ad hoc sur la demande d'annulation du 25 septembre 2007*, par. 42.

⁴³⁷ *Id.*

⁴³⁸ *Id.*, par. 44.

⁴³⁹ *Id.*, par. 120.

étudié avec précision chacune des circonstances énumérées dans cet article, concluant que deux d'entre elles n'étaient pas réunies⁴⁴⁰. Il a indiqué qu'il ne pouvait pas annuler cette partie de la sentence, puisqu'il n'avait pas compétence pour le faire. Il a affirmé : « Dans cette partie de la sentence, le tribunal a clairement exposé ses motifs et le comité n'a pas compétence pour examiner si, ce faisant, le tribunal a commis une quelconque erreur de fait ou de droit »⁴⁴¹.

En ce qui concerne la défense de l'Argentine fondée sur l'article XI du TBI, le comité a résumé les conclusions du tribunal : « Il n'y a rien dans le contexte du droit international coutumier ou de l'objet et du but du traité qui puisse à lui seul exclure les crises économiques majeures du champ d'application de l'article XI »⁴⁴². Le comité a fait référence au fait que le tribunal a déterminé que, selon cet article, il devait procéder à un examen de fond sur ce point et qu'« il doit examiner si l'état de nécessité ou d'urgence répond aux conditions posées par le droit international coutumier et les dispositions du traité et s'il est ainsi en mesure ou non d'exclure l'illicéité »⁴⁴³. De son point de vue, le problème est que le tribunal n'a pas procédé à cet examen et n'a fourni aucun raisonnement pour étayer sa décision sur l'article XI⁴⁴⁴.

Le comité a fait une déclaration importante selon laquelle « le tribunal a manifestement considéré que l'article XI devait être interprété à la lumière du droit international coutumier concernant l'état de nécessité et que, si les conditions fixées par ce droit n'étaient pas remplies, la défense de l'Argentine au titre de l'article XI devait également être rejetée »⁴⁴⁵. Selon lui, la motivation de la sentence sur ce point était insuffisante⁴⁴⁶. Néanmoins, même en considérant que la motivation de cette partie de la sentence aurait pu être plus claire, il a déclaré qu'un lecteur attentif peut suivre le

⁴⁴⁰ *Id.*, par. 121.

⁴⁴¹ *Id.*

⁴⁴² *Id.*, par. 122.

⁴⁴³ *Id.*

⁴⁴⁴ *Id.*, par. 123.

⁴⁴⁵ *Id.*, par. 124.

⁴⁴⁶ *Id.*, par. 125.

raisonnement implicite du tribunal et qu'en conséquence, la demande de l'Argentine ne pouvait être retenue⁴⁴⁷.

En ce qui concerne l'excès de pouvoir que l'Argentine a invoqué pour l'annulation, le comité a souligné que le tribunal et les parties ont assimilé les conditions nécessaires à la mise en œuvre de l'article XI du TBI à celles concernant l'existence de l'état de nécessité en vertu du droit international coutumier⁴⁴⁸. De plus, Il a souligné qu'à la suite de la présentation de l'Argentine, le tribunal a examiné le moyen de défense fondé sur le droit coutumier avant de traiter celui tiré de l'article XI⁴⁴⁹. Selon l'Argentine, le tribunal avait manifestement outrepassé ses pouvoirs sur ces deux points.

En analysant les deux articles, le comité observe qu'il existe une certaine analogie dans le langage utilisé à l'article XI du TBI et à l'article 25 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'État, mais a indiqué que si l'article XI spécifiait les conditions dans lesquelles le TBI pouvait être appliqué, l'article 25 au contraire est rédigé de manière négative : il exclut l'application de l'état de nécessité au fond, à moins que certaines conditions strictes ne soient remplies⁴⁵⁰. Le tribunal a également estimé que si l'article XI est appliqué, l'obligation de fond prévue par le traité ne s'applique pas. L'article 25 est, de l'avis du comité, « une excuse qui n'est pertinente qu'une fois qu'il a été décidé qu'il y a eu par ailleurs une violation de ces obligations de fond⁴⁵¹.

La déclaration suivante du Comité est particulièrement pertinente, car elle souligne les différences substantielles entre l'article XI du TBI et l'article 25 du projet d'articles : selon lui, le premier couvre les mesures nécessaires au maintien de l'ordre public ou à la protection des intérêts essentiels de sécurité de chaque partie, sans qualifier ces mesures. Le second subordonne l'état de nécessité à quatre conditions⁴⁵². À titre d'exemple, le comité a déclaré que la condition de ne pas porter atteinte à un intérêt essentiel de l'État ou des États envers lesquels l'obligation existe, ou de la communauté

⁴⁴⁷ *Id.*, par. 127.

⁴⁴⁸ *Id.*, par. 128.

⁴⁴⁹ *Id.*

⁴⁵⁰ *Id.*, par. 129.

⁴⁵¹ *Id.*

⁴⁵² *Id.*, par. 130.

internationale dans son ensemble, est étrangère à l'article XI⁴⁵³. De son point de vue, les exigences de l'article XI ne sont pas les mêmes que celles du droit international coutumier. Il a estimé que sur ce point, le tribunal a commis une erreur manifeste de droit⁴⁵⁴.

De l'avis du comité, étant donné que les deux articles ont un fonctionnement et un contenu différents, le tribunal aurait dû prendre position sur leur relation et décider s'ils étaient tous deux applicables en l'espèce. Le tribunal ne s'est pas livré à une telle analyse, se bornant à supposer que l'article XI et l'article 25 sont sur un pied d'égalité⁴⁵⁵. Ce faisant, selon le comité d'annulation, le tribunal avait commis une autre erreur. Il a résumé ce point en affirmant : « On peut se demander si l'état de nécessité en droit international coutumier concerne la question de l'illicéité ou celle de la responsabilité. Mais en tout état de cause, l'excuse fondée sur le droit international coutumier ne pouvait être que subsidiaire à l'exclusion fondée sur l'article XI »⁴⁵⁶.

Le comité a ensuite établi une distinction entre les règles de droit international « primaires » et « secondaires », comme indiqué au point I. ci-dessus. Selon le raisonnement du comité, si l'état de nécessité signifie qu'il n'y a pas eu de violation même *prima facie* du traité, il s'agirait, selon la terminologie de la CDI, d'une règle primaire de droit international⁴⁵⁷. Mais, de l'avis du comité, c'est également le cas pour l'article XI. Les deux articles couvrent le même domaine et, selon le comité, si tel est le cas, le tribunal aurait dû appliquer l'article XI en tant que *lex specialis*⁴⁵⁸.

En revanche, si un état de nécessité en droit international concernait la question de la responsabilité, il s'agirait d'une règle secondaire du droit international⁴⁵⁹. C'était, selon le comité, la position adoptée par la CDI. Le comité a estimé qu'en l'espèce, le tribunal aurait l'obligation d'examiner d'abord s'il y a eu une violation du TBI et si cette violation a été exclue par l'article XI. Il a déclaré : "Ce n'est que s'il avait conclu à l'existence d'un comportement non conforme au traité qu'il aurait eu à examiner si la

⁴⁵³ *Id.*

⁴⁵⁴ *Id.*

⁴⁵⁵ *Id.*, par. 131.

⁴⁵⁶ *Id.*, par. 132.

⁴⁵⁷ *Id.*, par. 133.

⁴⁵⁸ *Id.*

⁴⁵⁹ *Id.*, par. 134.

responsabilité de l'Argentine pouvait être exclue en tout ou en partie en vertu du droit international coutumier⁴⁶⁰.

En ce qui concerne les conséquences des erreurs que, selon le comité, le tribunal a commises, il s'est prononcé en indiquant un point pertinent lié au système du CIRDI et à l'inexistence d'une procédure d'appel. Ces deux erreurs commises par le tribunal auraient pu avoir un impact décisif sur le dispositif de la sentence⁴⁶¹. Comme l'admet CMS, le tribunal a donné une interprétation erronée de l'article XI. En effet, il n'a pas examiné si les conditions posées par l'article XI étaient remplies et si, par conséquent, les mesures prises par l'Argentine étaient susceptibles de constituer, même *prima facie*, une violation du TBI. Si le comité agissait en tant que cour d'appel, il devrait reconsidérer la sentence pour ce motif. Le comité rappelle, une fois de plus, qu'il ne dispose que d'une compétence limitée en vertu de l'article 52 de la convention CIRDI.

Dans ces circonstances, le comité ne peut pas simplement substituer sa propre vision du droit et sa propre appréciation des faits à celles du tribunal. En dépit des erreurs et des lacunes identifiées dans la sentence, il est vrai que le tribunal a appliqué l'article XI du traité. Bien qu'il l'ait appliqué de manière cryptique et défectueuse, il l'a appliqué. Il n'y a donc pas d'excès de pouvoir manifeste⁴⁶².

Enfin, le comité a considéré que le tribunal a commis une autre erreur concernant l'article 27 du projet d'articles sur la question de la compensation. Il a déclaré que l'article 27 concerne, entre autres, les conséquences de l'existence de l'état de nécessité en droit international coutumier, mais avant d'examiner cet article, même à titre d'*obiter dicta*, le tribunal aurait dû examiner quelle aurait été la possibilité d'indemnisation en vertu du TBI si les mesures prises par l'Argentine avaient été couvertes par l'article XI⁴⁶³. La réponse à cette question est assez claire : L'article XI, s'il s'appliquait et aussi longtemps qu'il s'appliquait, excluait l'application des dispositions de fond du TBI. Cela étant, il ne pouvait y avoir aucune possibilité d'indemnisation pendant cette période⁴⁶⁴.

⁴⁶⁰ *Id.*

⁴⁶¹ *Id.*, par. 135.

⁴⁶² *Id.*, par. 136.

⁴⁶³ *Id.*, par. 146.

⁴⁶⁴ *Id.*

Malgré les erreurs relevées par le comité d'annulation, ce dernier a tout de même estimé qu'il n'y avait ni défaut de motivation ni excès de pouvoir manifeste et qu'il ne pouvait donc pas annuler la sentence du tribunal. Comme nous pouvons le remarquer, le comité a tout de même critiqué directement et ouvertement la sentence.

Nous pensons que certaines affirmations du comité sont discutables dans la mesure où il ne s'agissait pas d'une procédure d'appel, mais plutôt d'une demande d'annulation. En effet, il y a lieu de relever que tout en déclinant sa compétence pour prendre une décision sur la question, le comité a néanmoins donné son avis en déclarant que le tribunal s'était trompé. Il a ainsi clairement indiqué que s'il en avait la compétence, il aurait probablement modifié la sentence du tribunal dans le sens voulu par l'Argentine. Or si l'institution n'est pas compétente sur une certaine question, il est inadéquat et inefficace de faire une telle déclaration puisque la sentence restera en vigueur, sans la moindre modification.

Par ailleurs, cette affaire a le mérite de nous fournir des indications claires sur la manière d'interpréter l'article XI du TBI et les clauses similaires⁴⁶⁵. Premièrement, une telle clause devrait être interprétée indépendamment, sans référence à l'exception de nécessité en droit international coutumier et, deuxièmement, elle prévaut sur l'exception de nécessité en droit international coutumier⁴⁶⁶. Un troisième point important est que de telles clauses entraînent la non-application des dispositions du TBI si elles sont invoquées avec succès et excluent toute responsabilité ou obligation de verser une indemnisation de la part de l'État⁴⁶⁷.

c. L'affaire LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. c. Argentine

Dans cette affaire, le tribunal a adopté une approche substantiellement différente de celle de la sentence CMS car il a d'abord analysé l'article XI, puis a examiné le droit international coutumier. Avant de passer à l'analyse de fond de l'article XI, le tribunal a commencé par traiter la question de savoir si l'article XI du TBI était auto-jugeant ou non.

⁴⁶⁵ ALCOLEA, C., préc., note 244, 24.

⁴⁶⁶ *Id.*

⁴⁶⁷ *Id.*

Il a décidé qu'il n'était pas auto-jugeant⁴⁶⁸. Il a également affirmé que même s'il devait le considérer comme auto-jugeant, il déterminerait de toute façon la bonne foi avec laquelle l'Argentine a agi, ce qui ne diffère pas sensiblement de l'analyse de fond présentée dans la sentence⁴⁶⁹.

Nous ne partageons pas la position du tribunal sur ce point, car ce n'est pas la même chose de déterminer si l'État argentin a agi de bonne foi lorsqu'il a imposé les mesures et d'examiner s'il a effectivement agi en état de nécessité conformément aux dispositions applicables du TBI. Il est très probable qu'un pays confronté à une crise économique impose des mesures pour tenter de faire face à cette crise, mais cela ne signifie pas qu'il remplit les conditions de l'état de nécessité qui exonère l'État de sa responsabilité.

Après avoir analysé les positions des parties, le tribunal a déclaré que du 1^{er} décembre 2001 au 26 avril 2003, l'Argentine se trouvait dans une période de crise au cours de laquelle il était nécessaire d'adopter des mesures pour maintenir l'ordre public et protéger ses intérêts essentiels de sécurité⁴⁷⁰. L'Argentine a soutenu que la crise constituait une urgence nationale suffisante pour invoquer les protections de l'article XI.

En ce qui concerne la notion d'« ordre public », la partie défenderesse a donné de nombreux exemples pour renforcer l'affirmation susmentionnée de la nécessité des mesures qu'elle a mises en œuvre, par exemple des rapports faisant état de vagues de catastrophes économiques soudaines, de grèves massives, de fusillades mortelles, la fermeture des entreprises, des transports, etc. Ces événements, selon elle, se sont terminés par une explosion sociale massive et finale au cours de laquelle cinq administrations présidentielles ont démissionné en un mois.

L'Argentine a soutenu que, dans ces circonstances, les mesures prises étaient pleinement justifiables en vertu des dispositions de l'article XI relatives à l'ordre public. En outre, elle a fait valoir que les mesures spécifiques prises, telles que le gel des augmentations des prix dans le secteur de la distribution du gaz, étaient justifiables pour

⁴⁶⁸ *LG&E Energy Corp., et al. c. Argentine, Affaire CIRDI n° ARB/02/1 décision sur la responsabilité, 3 octobre 2006*, préc., note 224, par. 212.

⁴⁶⁹ *Id.*, par. 214.

⁴⁷⁰ *Id.*, par. 226.

maintenir l'infrastructure de base du pays, laquelle dépendait de l'énergie du gaz naturel⁴⁷¹.

De son côté, la demanderesse a donné une définition stricte des mesures d'ordre public comme « des mesures prises en vertu des pouvoirs de police d'un État, notamment en matière de santé et de sécurité publiques »⁴⁷². Sur la base de cette définition, elle affirme que les mesures contestées dans cette affaire ne visaient pas à calmer l'effondrement qui menaçait le pays. Par conséquent, de telles mesures ne peuvent être considérées comme nécessaires au maintien de l'ordre public⁴⁷³.

Concernant la notion d'« intérêts essentiels de sécurité », l'Argentine a fait valoir que celle-ci englobe les intérêts économiques et politiques, ainsi que les intérêts de défense militaire nationale et a défendu les mesures prises comme étant nécessaires⁴⁷⁴.

La demanderesse, en revanche, a fait valoir que cette clause était réservée aux actions militaires. Selon lui, les crises économiques ne devraient pas être élevées au rang d'intérêts essentiels de sécurité, car cela reviendrait à ignorer l'objet et le but du traité. Il a été soutenu qu'une crise économique était précisément le moment où les investisseurs avaient besoin des protections offertes par un TBI⁴⁷⁵.

La partie demanderesse a identifié chacune des mesures prises et a indiqué que l'Argentine devait prouver que chaque mesure était nécessaire pour maintenir l'ordre public et protéger ses intérêts essentiels de sécurité. Selon elle, « nécessaire » signifiait que les mesures étaient les seules options disponibles pour l'Argentine afin d'invoquer la protection de l'article XI⁴⁷⁶. Enfin, elle a fait valoir qu'en tout état de cause, l'article XI n'exonérait pas l'Argentine de son obligation de compenser les dommages subis en raison de la violation du TBI⁴⁷⁷. Elle a également invoqué sur cette question l'article 27 du projet d'articles, en faisant valoir que : « Même si l'Argentine peut invoquer l'état de nécessité dans les circonstances de l'espèce, l'article 27 du Projet d'articles indique clairement que

⁴⁷¹ *Id.*, par. 216.

⁴⁷² *Id.*, par. 221.

⁴⁷³ *Id.*

⁴⁷⁴ *Id.*, par. 217.

⁴⁷⁵ *Id.*, par. 222.

⁴⁷⁶ *Id.*, par. 220.

⁴⁷⁷ *Id.*, par. 223.

les obligations de l'Argentine à l'égard des demandeurs ne sont pas éteintes et que celle-ci doit indemniser les demandeurs pour les pertes subies en raison des actions du gouvernement »⁴⁷⁸.

Le tribunal a jugé que l'Argentine a traversé une crise au cours de laquelle il a été nécessaire de prendre des mesures pour maintenir l'ordre public et protéger les intérêts essentiels de sa sécurité⁴⁷⁹. Selon lui, cette période a commencé le 1er décembre 2001 et s'est terminée le 26 avril 2003, et l'Argentine a été exonérée en vertu de l'article XI de toute responsabilité pour toute violation du TBI pendant cette période. Le tribunal a également expliqué les raisons pour lesquelles il a considéré ces dates précises comme le début et la fin de la période où la défense de nécessité était applicable et a procédé à une longue description de la crise elle-même :

Des preuves ont été présentées au tribunal que les conditions en décembre 2001 constituaient le plus haut degré de désordre public et menaçaient les intérêts essentiels de la sécurité de l'Argentine. (...) Des crises d'une extrême gravité dans les secteurs économique, politique et social ont atteint leur point culminant et ont convergé en décembre 2001, menaçant d'effondrement total le gouvernement et l'État argentin⁴⁸⁰.

Le tribunal a rejeté l'argument selon lequel l'article XI n'était applicable que dans des circonstances de conflit armé et de guerre⁴⁸¹. Il a, en outre, rejeté l'argument des requérants selon lequel l'exception de nécessité ne devrait pas être appliquée dans ce cas parce que les mesures adoptées par l'Argentine n'étaient pas les seuls moyens disponibles pour répondre à la crise⁴⁸². Il a par ailleurs affirmé que l'article XI se réfère à des situations dans lesquelles un État n'a pas d'autre choix que d'agir. Un État peut avoir plusieurs réponses à sa disposition pour maintenir l'ordre public ou protéger les intérêts essentiels de sa sécurité. En ce sens, il est reconnu que la suspension par l'Argentine du calcul des droits de douane en dollars américains et de l'ajustement des droits de douane en fonction de l'IPP était un moyen légitime de protéger son système social et économique⁴⁸³. Après avoir décrit la crise et ses conséquences, le tribunal a décidé que

⁴⁷⁸ *Id.*, par. 225.

⁴⁷⁹ *Id.*, par. 226.

⁴⁸⁰ *Id.*, par. 231.

⁴⁸¹ *Id.*, par. 238.

⁴⁸² *Id.*, par. 239.

⁴⁸³ *Id.*

« Toutes ces conditions dévastatrices - économiques, politiques, sociales dans leur ensemble - ont déclenché les protections accordées en vertu de l'article XI du traité pour maintenir l'ordre et contrôler les troubles civils »⁴⁸⁴.

Concernant l'article IV (3) du TBI, le tribunal a déclaré que cet article confirmait que les États parties au TBI considéraient l'état d'urgence nationale comme une catégorie distincte de circonstances exceptionnelles. Il a également déclaré qu'il ne lui avait pas été démontré de manière convaincante que, pendant la période de crise, les dispositions de cet article avaient été violées par l'Argentine⁴⁸⁵.

d. L'affaire CIRDI Sempra Energy International c. Argentine

Dans cette affaire, le tribunal a reconnu que l'analyse de l'article XI du traité était particulièrement difficile⁴⁸⁶. La première considération faite dans la décision du tribunal sur ce point concernait l'objectif du TBI. Concernant la possibilité d'invoquer l'article XI en cas d'urgence économique, le tribunal a jugé que « rien n'empêche une interprétation permettant d'inclure l'urgence économique dans le contexte de l'article XI. Les intérêts essentiels de sécurité peuvent éventuellement englober des situations autres que les menaces militaires traditionnelles pour lesquelles l'institution a trouvé ses origines dans le droit coutumier. Toutefois, conclure qu'une telle détermination s'impose d'elle-même serait certainement incompatible avec l'objet et le but mentionnés. En fait, le traité serait privé de toute signification substantielle »⁴⁸⁷.

En ce qui concerne le caractère auto-jugeant que le défendeur a essayé de donner à l'article XI, le tribunal a jugé que ce caractère devait être expressément rédigé pour refléter cette intention, puisqu'il s'agissait d'une clause exceptionnelle⁴⁸⁸.

Contrairement à la sentence CMS, il a donné une explication sur la relation entre les dispositions de l'article XI du TBI et les règles de responsabilité de l'État en vertu du

⁴⁸⁴ *Id.*, par. 237.

⁴⁸⁵ *Id.*, par. 244.

⁴⁸⁶ *Sempra Energy International c. Argentine, affaire n°CIRDI ARB/02/16 sentence du 28 septembre 2007*, préc., note 208, par. 364.

⁴⁸⁷ *Id.*, par. 374.

⁴⁸⁸ « Truly exceptional and extraordinary clauses, such as a self-judging provision, must be expressly drafted to reflect that intent, as otherwise there can well be a presumption that they do not have such meaning in view of their exceptional nature. » *Id.*, par. 379.

droit international coutumier. En résumé, il a jugé que, puisque la clause d'urgence du TBI ne définit pas ce qu'il faut entendre par « intérêts essentiels de sécurité », il faut rechercher le contenu de ce concept à l'article 25 du projet d'articles⁴⁸⁹. Le tribunal a appliqué le TBI, qui est la réglementation spéciale en la matière, et pour son application, il a utilisé comme élément interprétatif le contenu du droit international coutumier.

Dans le même ordre d'idées, le tribunal a reconnu que la sentence CMS était erronée en ce qu'elle analysait l'article XI au regard de la nécessité en droit coutumier. Il a toutefois estimé que « la disposition du traité est indissociable de la norme de droit coutumier en ce qui concerne la définition de la nécessité et les conditions de son fonctionnement, étant donné que c'est en droit coutumier que ces éléments ont été définis. De même, le traité ne contient pas de définition concernant le maintien de la paix et de la sécurité internationales, ni les conditions de son fonctionnement. Il est fait référence à la Charte des Nations unies à l'article 6 du protocole au traité »⁴⁹⁰.

Le tribunal a conclu que l'article XI n'est pas auto-jugeant et que le contrôle juridictionnel n'est pas limité à son égard à un examen de la question de savoir si, pour son invocation, les mesures adoptées ont été prises de bonne foi⁴⁹¹. Le contrôle juridictionnel doit être un contrôle de fond et porter sur la question de savoir si les conditions requises par le droit coutumier ou le traité ont été remplies et peuvent ainsi exclure l'illicéité⁴⁹².

Le tribunal ayant constaté que la crise invoquée ne répond pas aux exigences du droit coutumier de l'article 25 des articles sur la responsabilité de l'État, il conclut que la nécessité ou l'urgence ne permet pas, en l'espèce, d'exclure l'illicéité, et qu'il n'y a pas lieu d'entreprendre un contrôle juridictionnel supplémentaire au titre de l'article XI étant

⁴⁸⁹ « In view of the fact that the Treaty does not define what is to be understood by an “essential security interest,” the requirements for a state of necessity under customary international law, as outlined above in connection with their expression in Article 25 of the Articles on State Responsibility, become relevant to the matter of establishing whether the necessary conditions have been met for its invocation under the Treaty. Different might have been the case if the Treaty had defined this concept and the conditions for its exercise, but this was not the case. » *Id.*, par. 375.

⁴⁹⁰ *Id.*, par. 376.

⁴⁹¹ *Id.*, par. 388.

⁴⁹² *Id.*

donné que cet article n'énonce pas de conditions différentes du droit coutumier à cet égard⁴⁹³.

2. Analyse de la défense de l'Argentine en vertu du droit international coutumier

Deux approches divergentes sont apparues dans cette jurisprudence⁴⁹⁴, d'une part, une interprétation stricte de l'article 25 des articles CDI a été adoptée dans les affaires CMS⁴⁹⁵, Sempra⁴⁹⁶, Enron⁴⁹⁷ et d'autre part, une interprétation souple, c'est-à-dire plus nuancée, desdits articles a été adoptée dans l'affaire LG&E⁴⁹⁸, qui a été suivie notamment dans l'affaire Urbaser⁴⁹⁹.

Nous analyserons dans les lignes qui suivent chacune des approches.

a. L'approche restrictive ou l'interprétation stricte de l'article 25 des articles de la CDI adoptée par les tribunaux.

A la suite des événements décrits ci-dessus, une requête fut déposée par CMS en juillet 2001 en vertu du traité bilatéral d'investissement conclu et ratifié par les États-Unis et la République argentine. En effet, c'est dans cette affaire CMS c. Argentine que l'état de nécessité a été plaidé pour la première fois en 2005 lors des litiges fondés sur les TBI. Ainsi que nous l'avons indiqué, l'Argentine avait soutenu que son comportement face aux investisseurs étrangers s'expliquait par la nécessité qui prévalait au moment de la crise économique qui l'avait frappée. Cet argument fut rejeté par le tribunal arbitral au motif que cet État n'a pas rempli les conditions posées par l'article 25 du projet de la commission du droit international sur la responsabilité des États, qui reflétait l'état du droit international coutumier en la matière.

⁴⁹³ *Id.*

⁴⁹⁴ ALCOLEA, C., préc., note 244, 30.

⁴⁹⁵ *CMS Gas Transmission Company c. Argentine, Affaire CIRDI n° ARB/01/8, sentence du 12 mai 2005*, préc., note 188.

⁴⁹⁶ *Sempra Energy International c. Argentine, affaire n° CIRDI ARB/02/16 sentence du 28 septembre 2007*, préc., note 207.

⁴⁹⁷ *Enron Corporation et Ponderosa Assets, L.P c. Argentine, Affaire n° ARB/01/3, sentence du 22 mai 2007*, préc., note 189.

⁴⁹⁸ *LG&E Energy Corp., et al. c. Argentine, Affaire CIRDI n° ARB/02/1 decision sur la responsabilité, 3 octobre 2006*, préc., note 224.

⁴⁹⁹ *Urbaser S.A. c. Argentine, Affaire CIRDI n° ARB/07/26, sentence du 8 décembre 2016*, .

Pour les arbitres, trois conditions sont requises pour que la responsabilité de l'État soit exclue : il fallait premièrement que les intérêts essentiels de l'État d'accueil aient été en danger ; deuxièmement que les mesures prises aient été les seuls moyens qui pouvaient l'être afin d'éviter la crise ; et enfin, troisièmement que l'État d'accueil (l'Argentine) n'ait pas contribué à la survenance de la situation.

Selon cette interprétation, toutes les conditions de nécessité doivent être remplies avant que la doctrine puisse être invoquée, et ces exigences seront étroitement définies. Les exigences sont cumulatives et requièrent un seuil élevé pour déterminer les circonstances permettant à l'Argentine d'invoquer l'état de nécessité.

S'agissant de la première condition, le tribunal a expliqué que si nul ne pourrait soutenir sérieusement « que rien d'important n'est survenu », on ne pourrait pas non plus prétendre « que l'illicéité pourrait être exclue dans de telles circonstances »⁵⁰⁰. En d'autres termes, le tribunal a estimé que la crise n'était pas suffisamment importante pour exonérer le comportement de l'État Argentin de ses obligations internationales. Par conséquent, « les effets relatifs qui peuvent être raisonnablement attribués à la crise ne nous permettent pas de statuer sur une exclusion de l'illicéité »⁵⁰¹.

En ce qui concerne l'exigence du seul moyen (la deuxième condition), le tribunal a jugé que l'exception de nécessité est exclue si d'autres moyens (par ailleurs légaux) sont disponibles, même s'ils sont plus coûteux ou moins pratiques⁵⁰². Il a conclu que les mesures prises n'étaient pas les seules disponibles pour sortir le pays de la crise et que d'autres solutions auraient pu être envisagées⁵⁰³. Pour le tribunal, tant que l'Argentine aurait d'autres options à sa disposition, l'exigence du « seul moyen » ne serait pas satisfaite. Enfin, concernant l'exigence de la non-contribution à la crise, le tribunal a considéré que les différents gouvernements qui se sont succédé à la tête de ce pays depuis les années 80 avaient leur part de responsabilité dans cette situation⁵⁰⁴. En d'autres termes, ils ont contribué à la crise.

⁵⁰⁰ *CMS Gas Transmission Company c. Argentine, Affaire CIRDI n°ARB/01/8, sentence du 12 mai 2005, préc., note 189, par. 320.*

⁵⁰¹ *Id.*, par. 321.

⁵⁰² *Id.*, par. 324.

⁵⁰³ *Id.*

⁵⁰⁴ *Id.*, par. 328 et 329.

Cette position du tribunal est très discutable voire contestable et fait appel à quelques observations.

En premier lieu, nous constatons que le tribunal n'a tenu compte que des intérêts de la partie demanderesse et cela malgré le fait que plusieurs experts ont estimé que la crise était grave. Deuxièmement, sur la question de savoir si d'autres mesures étaient disponibles pour enrayer la crise, il a estimé que la crise n'était pas assez grave pour que des intérêts essentiels soient en jeu, mais que d'autres mesures étaient disponibles. Cet argument est peut-être défendable du point de vue économique, mais il ne prend pas en compte l'intérêt essentiel de l'État (à savoir sa population) et que les mesures prises étaient nécessaires pour éviter l'aggravation de la situation. Le tribunal a privilégié l'intérêt particulier (des investisseurs étrangers) au détriment de l'intérêt général. Nous pensons, enfin, que le tribunal n'a pas suffisamment motivé ses décisions. En effet, dans chaque cas, il se contente de tirer des conclusions sans en expliquer le fondement⁵⁰⁵. Il n'a par exemple pas démontré en quoi les mesures prises par l'Argentine ont contribué substantiellement à aggraver la crise. Il s'est limité à affirmer que les différents gouvernements avaient joué un rôle significatif dans cette crise, sans en apporter la preuve⁵⁰⁶, ni en faire la démonstration.

Par ailleurs, l'affaire CMS n'est pas unique à cet égard. Les tribunaux d'arbitrage des affaires Enron et Sempra dont les sentences ont été rendues en 2007, ont adopté une approche similaire. Traitant de la même question, ils ont également fixé un seuil élevé pour déterminer les circonstances permettant à l'Argentine d'invoquer l'état de nécessité. En effet, dans l'affaire Enron c. Argentine, le tribunal est allé encore plus loin⁵⁰⁷ que le tribunal de l'affaire CMS, en considérant que la crise économique à laquelle l'Argentine était confrontée ne compromettait pas « l'existence même de l'État et son indépendance pour être qualifiées d'intérêt essentiel de l'État »⁵⁰⁸. Il a rejeté, l'argument selon lequel l'Argentine faisait face à un péril grave et imminent⁵⁰⁹. Il a, en outre, jugé qu'«

⁵⁰⁵ REMI, B., préc., note 425, 8.

⁵⁰⁶ BONOMO, S., préc., note 9, p. 254.

⁵⁰⁷ ALCOLEA, C., préc., note 244, 31.

⁵⁰⁸ *Enron Corporation et Ponderosa Assets, L.P c. Argentine, Affaire n°ARB/01/3, sentence du 22 mai 2007*, préc., note 190, par. 306.

⁵⁰⁹ *Id.*, par. 307.

une expérience comparative mondiale plutôt triste dans la gestion des crises économiques montre qu'il existe toujours de nombreuses approches différentes pour aborder et corriger des événements aussi critiques, et il est difficile de justifier qu'aucune d'entre elles n'était disponible dans le cas de l'Argentine »⁵¹⁰.

Il convient de noter que pratiquement les mêmes conclusions et raisonnements ont été adoptés dans *Sempra* contre Argentine, probablement parce que deux des arbitres étaient les mêmes dans les deux cas⁵¹¹. D'une manière générale, les trois décisions sont animées par le même raisonnement : face à une crise (économique), il y a toujours des alternatives et, par définition, il ne s'agit donc pas d'une situation où il n'y a qu'un seul moyen de préserver l'intérêt essentiel d'un péril grave et imminent⁵¹². Toute autre approche exigerait que le tribunal se prononce sur l'alternative qui aurait été préférable, ce qui dépasse sa mission⁵¹³.

Cette approche est difficile à suivre. La simple existence d'une alternative ne peut, *ipso facto*, empêcher un État d'invoquer la doctrine de la nécessité. La recherche d'alternatives théoriques, sans évaluation quant à savoir si elles auraient pratiquement permis à l'État de sauvegarder son intérêt essentiel, découle d'une interprétation trop littérale de l'expression « seule voie » dans les articles de la CDI. En outre, l'exigence que l'État n'ait pas contribué à la situation de nécessité pose aussi un problème dans la mesure où on trouvera toujours une contribution de l'État à la situation, sauf dans les cas extrêmes⁵¹⁴.

Dans le contexte de la pandémie de Covid-19, nous pensons que la barre très haut placée par l'interprétation stricte des articles de la CDI pose un problème : elle rend la défense inopérante, car il n'existe pas un seul moyen de résoudre la crise⁵¹⁵. En outre, l'exigence pour un État de ne pas avoir contribué à une crise peut être plus complexe à prouver, en particulier lorsqu'un État a pris des mesures contradictoires, comme dans le

⁵¹⁰ *Id.*, par. 308.

⁵¹¹ ALCOLEA, C., préc., note 244, 31.

⁵¹² KATSIKIS, D., « Necessity due to COVID-19 as a Defence to International Investment Claims », (2021) 36-1 *ICSID Review*, 60, en ligne : <<https://doi.org/10.1093/icsidreview/siab009>>.

⁵¹³ *Id.*

⁵¹⁴ ALCOLEA, C., préc., note 244, 33.

⁵¹⁵ *Id.*

cas du Royaume-Uni où un confinement a d'abord été refusé puis appliqué; il en est de même lorsqu'un État a tardé à prendre des mesures, comme dans le cas de la fermeture des frontières au Canada, ou plus loin, en raison des coupes d'austérité dans le budget de la santé publique. Si le tribunal exige une contribution substantielle pour que la défense soit exclue, alors il est peu probable que de telles mesures posent un problème à leur application. Mais, s'il fixe une barre inférieure telle que « contribution non négligeable », il pourrait bien décider que l'État ne peut pas invoquer la défense de nécessité⁵¹⁶.

b. L'approche nuancée ou l'interprétation souple de l'état de nécessité

C'est dans l'affaire *LG&E c. Argentine* que le tribunal a donné pour la première fois une interprétation moins stricte de l'état de nécessité. En effet, dans cette affaire, le tribunal a d'abord observé que l'état de nécessité, en droit international coutumier, est déclenché lorsque l'État est menacé d'un danger grave dans son existence, sa survie politique ou économique, la possibilité de se maintenir en vie, la possibilité de maintenir en fonctionnement ses services essentiels à la préservation de sa paix intérieure ou à la survie d'une partie de son territoire⁵¹⁷. Il a ensuite jugé que la crise financière argentine de 2001 menaçait « l'intérêt essentiel » de l'Argentine⁵¹⁸.

Sur la question de savoir si l'Argentine a contribué à la crise, le tribunal a jugé que premièrement, les demandeurs n'ont pas prouvé que l'Argentine ait contribué à provoquer la grave crise à laquelle le pays était confronté ; deuxièmement, l'attitude adoptée par le gouvernement argentin a montré une volonté de ralentir par tous les moyens disponibles la gravité de la crise⁵¹⁹.

Enfin, en ce qui concerne l'exigence du « seul moyen », le tribunal a estimé qu'un plan de relance économique était le seul moyen de répondre à la crise. Bien qu'il ait pu y avoir plusieurs façons d'élaborer le plan de relance économique, les éléments de preuve présentés au tribunal démontrent qu'une réponse globale était nécessaire⁵²⁰.

⁵¹⁶ *Id.*

⁵¹⁷ *LG&E Energy Corp., et al. c. Argentine, Affaire CIRDI n° ARB/02/1 décision sur la responsabilité, 3 octobre 2006*, préc., note 224, par. 246.

⁵¹⁸ *Id.*, par. 257.

⁵¹⁹ *Id.*

⁵²⁰ *Id.*

Dans l'affaire Urbaser⁵²¹, le tribunal a observé que la crise qui a conduit aux mesures d'urgence a été causée par des facteurs tant externes qu'internes, mais que cela ne suffisait pas à démontrer que cette contribution de l'Argentine est d'une nature et d'une importance qui l'empêcherait d'invoquer la défense de nécessité⁵²². Pour qu'il soit démontré que l'Argentine était empêchée d'invoquer la défense de nécessité en raison de sa contribution à la crise, il faudrait démontrer que les actes du gouvernement étaient tels qu'ils étaient soit orientés vers une crise entraînant la situation d'urgence, ... soit au moins de nature telle que le gouvernement devait savoir que cette crise et cette urgence devaient être le résultat de sa politique économique et financière⁵²³. En outre, les allégations selon lesquelles l'Argentin aurait contribué de manière substantielle à la crise requièrent la démonstration d'un lien de causalité entre une telle conduite de l'économie argentine et le déclenchement de la crise⁵²⁴.

En ce qui concerne l'exigence du « seul moyen », le tribunal a jugé qu'on ne peut pas considérer la question uniquement du point de vue de l'investisseur, c'est-à-dire en se concentrant uniquement sur la question de savoir si l'État aurait pu faire autre chose qui aurait évité une violation de ses obligations conventionnelles internationales envers les investisseurs, mais il faut aussi garder à l'esprit la perspective de l'État, c'est-à-dire si les alternatives auraient aidé l'État à protéger l'intérêt essentiel contre le péril en question : « *The question whether "other means" were available has to be captured in both perspectives : the wide one, taking into account the needs of Argentina and its population nation-wide, and the narrower one of the situation of investors engaged in performing contracts protected by the international obligations arising out of one of the many BITs* »⁵²⁵.

Le tribunal a donc conclu que le défendeur - l'État argentin - a fait plus qu'une preuve *prima facie* que les mesures d'urgence prises étaient les seules dont disposait le gouvernement argentin à l'époque, compte tenu des perturbations économiques,

⁵²¹ *Urbaser S.A. c. Argentine, Affaire CIRDI n° ARB/07/26, sentence du 8 décembre 2016*, préc. note 462.

⁵²² *Id.*, par. 710.

⁵²³ *Id.*, par. 711.

⁵²⁴ *Id.*, par. 714.

⁵²⁵ *Id.*, par. 716.

institutionnelles et sociales extrêmes subies par le pays et sa population⁵²⁶. Il aurait incombé au demandeur d'offrir au moins une indication sérieuse quant à la nature des autres mesures dont disposait le gouvernement à l'époque, mais il n'avait pas réussi à s'acquitter de cette charge. Le tribunal a mis un accent particulier sur le témoignage de l'expert qui a témoigné que même s'il y avait d'autres mesures économiques alternatives que l'Argentine aurait pu prendre, celles-ci auraient aggravé la crise⁵²⁷.

Comme nous pouvons le voir, contrairement à l'approche stricte, cette approche nous paraît plus réaliste, adaptée et conforme au bon sens pour interpréter l'article 25 du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité de l'État. Bien que minoritaire en termes de statistiques⁵²⁸, cette approche a le mérite de répondre à un certain nombre de critiques formulées à l'égard de l'approche stricte, en ce que celle-ci rend la défense inopérante, étant donné qu'il existe toujours des moyens alternatifs pour résoudre une crise, ou que l'État aura toujours d'une manière ou d'une autre contribué à la crise. Elle répond également aux recommandations des universitaires d'intégrer des considérations d'adéquation et de proportionnalité lors de l'évaluation des mesures prises par les États hôtes pour faire face à un état de nécessité, permettant ainsi à la doctrine d'avoir un champ d'application pratique⁵²⁹.

Dans l'hypothèse d'un contentieux en arbitrage contre les mesures prises pour faire face à la pandémie, il convient de noter que comme dans l'affaire Urbaser, il existe plusieurs obligations internationales concurrentes qui s'imposent aux États, la plus importante étant celle de préserver le droit à la vie. Il ne s'agit pas seulement, en l'occurrence, d'une obligation internationale, mais aussi d'un *jus cogens*, qui serait compromis si un État n'agissait pas dans le contexte d'une pandémie. Nous retrouvons une autre obligation importante dans le RSI qui vise à lutter contre « la propagation internationale des maladies »⁵³⁰. Le RSI précise par ailleurs que les États doivent réagir « par une action de santé publique proportionnée et limitée aux risques qu'elle présente pour la santé publique, en évitant de créer des entraves inutiles au trafic et au commerce

⁵²⁶ *Id.*, par. 717.

⁵²⁷ *Id.*

⁵²⁸ ALCOLEA, C., préc. note 244, 35.

⁵²⁹ *Id.*

⁵³⁰ Article 2, ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ (dir.), préc., note 370.

internationaux »⁵³¹ et qu'il est « mis en œuvre en respectant pleinement la dignité des personnes, les droits de l'homme et les libertés fondamentales »⁵³².

Au regard de ce qui précède, nous pensons que l'approche nuancée est beaucoup plus adaptée pour équilibrer les obligations concurrentes ci-dessus, que l'approche stricte pour interpréter les articles de la CDI. En ce qui concerne les mesures spécifiques prises par les États pour lutter contre la propagation du Covid-19, il est pratiquement certain qu'en vertu de l'interprétation nuancée du projet d'articles de la CDI, la plupart d'entre elles seraient justifiées sur la base de la nécessité. Il est clair que des mesures telles que la quarantaine, y compris les restrictions commerciales et autres, contribuent de manière significative à la lutte contre la pandémie, en sorte qu'il est difficile d'affirmer sérieusement qu'en les prenant, les États ont substantiellement contribué à la création ou à la propagation d'une pandémie. Cependant, ainsi qu'il a été dit tout au long de la présente étude, il n'est pas certain que toutes les mesures prises par un État pourraient être ainsi justifiées.

⁵³¹ *Id.*

⁵³² Article 3 paragraphe 1 *Id.*

CONCLUSION

Sur la base de l'expérience tirée des crises précédentes, en particulier de la série de réclamations d'investisseurs américains consécutives à la crise économique et financière d'Argentine des années 2001-2002, il y a de bonnes raisons de s'inquiéter d'éventuelles réclamations ou poursuites d'investisseurs étrangers contre les mesures prises par les États pour lutter contre la pandémie. Tel est le constat auquel nous sommes parvenu au terme de cette étude, présentée en deux parties.

Dans la première partie consacrée aux particularités du droit international des investissements, nous avons, d'une part retracé l'historique et l'évolution des sources du droit international des investissements, et d'autre part analysé le contenu des traités conclus en la matière. En revanche, nous nous sommes attelés à démontrer, dans la seconde partie de l'étude, que des investisseurs étrangers peuvent élever des réclamations contre des États à la suite de mesures prises pour lutter contre la pandémie de COVID-19. Il en est notamment ainsi des réclamations pour expropriations ou violations de la norme du traitement juste et équitable. Contrairement aux demandes de traitement juste et équitable, les demandes d'expropriation sont moins susceptibles d'aboutir en raison du caractère temporaire des mesures, lorsque prises dans ce contexte, celles-ci n'ont pour effet que de priver momentanément les investisseurs de la possession et de la jouissance de leurs investissements.

L'étude a, en outre, analysé les moyens de défense dont disposent les États en droit international des investissements. Deux types de défense ont retenu notre attention. Il a en effet été observé que les traités applicables aux investissements internationaux prévoient généralement des exceptions susceptibles d'être opposés par les États d'accueil des investissements aux réclamations soulevées par des investisseurs étrangers. Mais aux mêmes fins, ces États disposent également de moyens de défense relevant du droit international coutumier. À l'analyse, il appert qu'aucun des trois moyens de défense susceptibles d'être soulevés en vertu du droit international coutumier ne peut être regardé comme constitutif d'une garantie sérieuse pour l'État d'accueil de l'investissement. Ils peuvent être difficiles à mettre en œuvre.

A titre illustratif, la force majeure a peu de chance de réussir puisque, de manière générale, le comportement incriminé de l'État qui est potentiellement en violation des obligations internationales est volontaire. En outre, si l'état de nécessité et la détresse sont potentiellement plus adaptés, il importe cependant de noter que dans les deux cas, il y a des éléments qui peuvent être difficiles à satisfaire. Le seuil d'acceptabilité est particulièrement élevé pour une défense fondée sur l'état de nécessité, dès lors qu'elle exige que l'acte contesté de l'État « constitue pour celui-ci le seul moyen de protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent ». L'exigence du « seul moyen » est des plus aléatoires et des plus difficiles à satisfaire, étant donné qu'à ce jour – ceci était encore particulièrement vrai au début de la pandémie et à une époque où elle était à son paroxysme -, il n'existe aucune solution, aucune mesure unanimement acceptée et scientifiquement éprouvée à l'effet d'éradiquer cette grave maladie planétaire et, de manière générale, pour faire face à des épidémies virales comme le COVID-19.

On doit par ailleurs déplorer l'inconstance et la diversité des solutions proposées par les instances arbitrales saisies de pareils différends. Ces solutions ne permettent pas de voir de manière plus claire la voie à suivre dans le règlement des litiges. Il est en effet permis de douter que les quelques sentences analysées permettent d'asseoir une jurisprudence cohérente et limpide porteuse d'enseignements pour de futurs cas.

Dans les affaires liées à la crise économique et financière argentine, par exemple, l'état de nécessité a été interprétée et mise en œuvre de manière incohérente et contradictoire par les tribunaux, malgré des circonstances factuelles identiques ou, en tout cas, très similaires. Cette incohérence est due notamment au caractère vague des normes conventionnelles et à l'inadaptation des moyens de défense du droit international coutumier aux situations d'urgence actuelles.

Plusieurs appels à un moratoire sur le RDI ont été lancés par des organisations de la société civile et des experts⁵³³. Ils ont en outre demandé aux États de clarifier les défenses en cette période de crise sanitaire⁵³⁴. Ces appels ont été repris lors de la treizième session extraordinaire de la conférence des chefs d'État et de gouvernement

⁵³³ Réseau québécois sur l'intégration continentale (RQIC), préc., note 4 ; PRABHASH, R., préc., note 37 ; BERNASCONI-OSTERWALDER, N., BREWIN, S ; et MAINA, N., préc., note, 276.

⁵³⁴ CORREA, C.M., SYAM, N. et URIBE, D., préc., note 19.

sur l'Accord de libre-échange continental africain (AFCFTA), lorsque l'Union africaine a approuvé la « Déclaration sur le risque de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) en ce qui concerne les mesures liées à la pandémie de COVID-19 », invitant les « États membres à explorer toutes les possibilités d'atténuer les risques du RDIE, y compris une suspension temporaire mutuelle des dispositions de RDIE dans les traités d'investissement en relation avec les mesures gouvernementales liées à la pandémie de Covid-19 »⁵³⁵.

Nous pensons qu'à court terme, l'adoption d'un moratoire sur les réclamations ISDS liées aux mesures adoptées pendant la pandémie de COVID-19 peut-être une solution acceptable, étant donné qu'il s'agit non seulement de conjuguer les efforts pour lutter contre une maladie qui ignore les frontières étatiques et met en péril la survie de l'humanité tout entière, mais également de ne pas fragiliser davantage les faibles économies durement éprouvées par la pandémie.

En revanche, sur le long terme, nous proposons une réforme globale des traités en matière d'investissements en vue d'une meilleure prise en compte de l'intérêt général, en particulier dans des situations d'urgence ou de crise liées notamment à la santé. Il est vrai que certains traités en matière d'investissements abordent la question dans les clauses exceptions de manière plus explicite. Nous encourageons donc les efforts de clarification allant dans ce sens afin de limiter des interprétations multiples, incohérentes et contradictoires, à l'instar de ce qui a été observé dans les affaires liées à la crise argentine. Dans le même ordre d'idées nous proposons une clarification, mieux une actualisation et une révision des défenses en droit international coutumier afin de mieux les adapter aux nouvelles situations d'urgence.

⁵³⁵ « Thirteenth extraordinary session on the AFCFTA: The Assembly of the Union adopts decision on the start of trading, African Union » (5 décembre 2020), en ligne : <<https://au.int/en/pressreleases/20201205/thirteenth-extraordinary-session-afcfta-assembly-union-adopts-decision-start>>.

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

I. OUVRAGES

AUDIT, M., BOLLEE, S. et CALLE, P., *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, 3e éd, coll. Précis Domat droit privé, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2019.

BONOMO, S., *Les traités bilatéraux relatifs aux investissements: entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté des États*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2012.

CARREAU, D. et JUILLARD, P., *Droit international économique*, 5e édition, coll. Précis Dalloz, Paris, 2013.

LEBEN, C., *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Éditions Pedone, 2015.

DANIC, O., *L'émergence d'un droit international des investissements : contribution des traités bilatéraux d'investissement et de la jurisprudence du CIRDI*, Thèse, Paris, Université Paris10 Nanterre, 2012.

FARCHAKH, M., *L'égalité d'armes dans le cadre de l'arbitrage Investisseur-État*, Mémoire Master 2 Recherche, Paris, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, 2015.

LAGELLE, A., *Les standards en droit international économique: contribution à l'étude de la normativité internationale*, coll. Logiques juridiques, Paris, Harmattan, 2014.

NANTEUIL, A. de, *Droit international de l'investissement*, 3e éd, coll. EI, Paris, Éditions A. Pedone, 2020.

NANTEUIL, A. de et LEBEN, C., *L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2014.

NIKIEMA, S., *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, 1re éd, coll. Collection Internationale. Droit, Paris, Presses universitaires de France, 2012.

RUBINS, N. et KINSELLA, N.S., *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution: A Practitioner's Guide*, Dobbs Ferry, N.Y, Oceana Publications, 2005.

II. CHAPITRES DE LIVRES

CAZALA, J., « Les standards indirects de traitement: traitement de la nation la plus favorisée et traitement national », dans LEBEN, C., *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Éditions Pedone, 2015.

LATTY, F., « Conditions d'engagement de la responsabilité de l'État d'Accueil de l'investissement », dans *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Éditions Pedone, 2015.

LEBEN, C., « Droit international des investissements: Un survol historique », dans *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Éditions Pedone, 2015.

KAHN, P., « Bilan de recherches de la section de langue française », dans Hague Academy of International Law (dir.), *Les Aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

MESTRAL, A. de, et VANHONNAEKER, L., « Exception Clauses in Mega-Regionals (International Investment Protection and Trade Agreements) », dans RENSMANN, T. (dir.), *Mega-Regional Trade Agreements*, Cham, Springer International Publishing, 2017, p. 75-119, DOI : [10.1007/978-3-319-56663-4_5](https://doi.org/10.1007/978-3-319-56663-4_5).

United Nations, *Draft Statutes of the Arbitral Tribunal for Foreign Investment and of the Foreign Investments Court, reproduits in UNCTAD, International Investment Instruments : a Compendium*, (1996), III.

III. ARTICLES ET AUTRES DOCUMENTS

YOUSSEF, K.A., « The Impact of the Arab Spring on International Commercial and Treaty Arbitration in Egypt and the MENA Region », (2017) 83-1, en ligne :

<https://www.ciarb.org/media/1417/the-impact-of-the-arab-spring-on-international-commercial-and-treaty-arbitration-in-egypt-and-the-mena-region.pdf>>.

BERNASCONI-OSTERWALDER, N., BREWIN, S. et MAINA, N., « Se protéger contre les requêtes d'arbitrage investisseurs-États face à la crise du COVID-19 : Un appel à l'action destiné aux gouvernements », 11.

Bibliothèque du parlement, *Mécanismes de règlement des différends entre un investisseur et un État : d'où viennent-ils et qu'est-ce que l'avenir leur réserve?*, en ligne : https://lop.parl.ca/sites/PublicWebsite/default/fr_CA/ResearchPublications/2015115E#ftn1>.

CAZALA, J., « La consécration de la doctrine de polices powers de l'État en droit international relatif à la lutte antitabac », éd. Cahiers de l'arbitrage-Paris Journal of International Arbitration (2016), en ligne : file:///Users/arnaud/Downloads/La_consecration_des_police_powers_de_l.pdf>.

CAZALA, J., « La protection des attentes légitimes de l'investissement dans l'arbitrage international », *Revue internationale de droit économique* 2009, en ligne : <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2009-1-page-5.htm>>.

CNUCED (dir.), *Production internationale à l'issue de la pandémie: repère et vue d'ensemble*, 30^e éd., coll. Rapport sur l'investissement dans le monde, n°2020, Genève, CNUCED - Nations Unies, 2020, en ligne : https://unctad.org/system/files/official-document/wir2020_overview_fr.pdf>.

DUFOUR, G., « L'impact du chapitre 11 de l'ALENA sur la Capacité de l'état d'adopter des mesures protégeant l'environnement et la santé publique : les travaux récents jettent un nouvel éclairage sur l'affaire Ethyl Corporation », *La revue du Barreau Canadien* 2011.90.

GAILLARD, E., « L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements », *Revue de l'arbitrage* 2003.3.

GIEST, A., « Interpreting Public Interest Provisions in International Investment Treaties », 18-1 *Chicago Journal of International Law*.

JONES, P. D., « Investor-State Arbitration in Times of Crisis », (2013) 25-1 *National Law School of India Review* 27-61.

KENT, A.K. et HARRINGTON, A.R., « A State of Necessity: International Legal Obligations in Times of Crises », (2012) 42-1 *Canadian Review of American Studies* 65-81, DOI : [10.3138/cras.42.1.65](https://doi.org/10.3138/cras.42.1.65).

KOURIS, S., « Confidentiality: Is International Arbitration Losing One of Its Major Benefits? », *Journal of International Arbitration* 2005.127-140.

LABONTÉ, R., « Pandemic Responses and the Threat of Investor-State Disputes », 2021, en ligne : <http://globalhealthequity.ca/wp-content/uploads/2021/02/Pandemic-Responses-and-the-Threat-of-Investor-State-Disputes-1.pdf>.

LECLEC, T., « Applicabilité et implications d'un état de nécessité économique: Les hésitations du contentieux argentin des investissements internationaux », 2015.

LEVESQUE, C., « Les fondements de la distinction entre l'expropriation et la réglementation en droit international », (2009) 33-1 *Revue générale de droit*.

MANCIAUX, S., « The Notion of Investment: New Controversies », (2008) 9.2008-6 *The Journal of World Investment & Trade : Law, Economics, Politics*.

MAO-WE, L., « Legitimate expectations in a time of pandemic : the host state's Covid-19 measures, its obligations and possible defenses under international », (2020) 13-1, en ligne : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3617790.

NEWCOMBE, A., « General Exceptions in International Investment Agreements », *Draft Discussion Paper Prepared for BIICL Eighth Annual WTO Conference 13th and 14th May 2008, London 2008*.

NIKIEMA, S.H., « La clause de la nation la plus favorisée dans les traités d'investissement », *IISD* 2017.

OCDE, « L'expropriation indirecte et le droit de réglementer dans le droit international des investissements », 2004.

OCDE, « Le traitement de la nation la plus favorisée dans le droit international des investissements », *OCDE document de travail sur l'investissement international* 2004.2004/2, en ligne : <https://www.oecd.org/fr/daf/inv/politiques-investissement/FR%20WP-2004_2.pdf>.

ONGUENE ONANA, É., « Qualification d'investissement et compétence en arbitrage international relatif aux investissements : la théorie du contrôle séparé devant le CIRDI », (2012) 42-1 *Revue générale de droit*, en ligne : <<https://doi.org/10.7202/1026916ar>>.

OUEDRAOGO, A., « Standard et standardisation : la normativité variable en droit international », éd. *Revue québécoise de droit international / Québec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho* (2013), en ligne : <<https://doi.org/10.7202/1068105ar>>.

Présentation factuelle Accord de libre-échange entre la Chine et la Nouvelle-Zélande (Marchandises et services) Rapport du Secrétariat, WT/REG266/1, Organisation Mondiale du Commerce, 2010, en ligne : <<https://docsonline.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=R:/WT/REG/266-1.pdf&Open=True>>.

REMI, B., « CMS contre Argentine : Premières réflexions sur une sentence arbitrale qui deviendra célèbre », Centre d'études sur l'intégration et la mondialisation -CEIM.

SAÏDA, E.B., « L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements. », (2005) 51 *Annuaire français de droit international*, en ligne : <https://www.persee.fr/docAsPDF/afdi_0066-3085_2005_num_51_1_3897.pdf>.

SCHREUER, C., « Investments, International Protection », 2011, en ligne : <https://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/investments_Int_Protection.pdf>.

URIBE, D. et DANISH, « Investment Policy Options for Facing COVID-19 Related ISDS Claims », 2021.22.

VIGNES, D., « La clause de la nation la plus favorisée et sa pratique contemporaine, Problèmes posés par la Communauté Économique Européenne », (1970) Tome 130.

IV. JURISPRUDENCE

ADC c. Hongrie, Affaire CIRDI n° ARB/03/16, 2 octobre 2006.

Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc, et A.S. Baltoil Genin c. Éstonie, Affaire CIRDI n° ARB/99/2, 25 juin 2001.

AWG Group Ltd c. Argentine, Arbitrage ad hoc CNUDCI, Décision sur la responsabilité du 30 juillet 2010.

Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S.V. c. Pakistan, Affaire CIRDI n° ARB/03/29.

CMS Gas Transmission Company c. Argentine, Affaire CIRDI n° ARB/01/8, sentence du 12 mai 2005.

CMS Gas Transmission Company c. Argentine, Affaire CIRDI n° ARB/01/8, Décision du Comité ad hoc sur la demande d'annulation du 25 septembre 2007.

Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal S.A. c. Argentine, Affaire CIRDI n° ARB/97/3, 20 Août 2007.

Compania del Desarrollo de Santa Elena c. Costa Rica, sentence finale, 17 février 2000, ICSID Reports vol. 5, p.172.

Consortium Groupement L.E.S.I.- DIPENTA c. Algérie, Affaire CIRDI n° ARB/03/08.

Consortium RFCC c. Maroc, Affaire CIRDI n° ARB/00/6.

Desert Line Projects LLC c. Yemen, Affaire CIRDI n° ARB/05/17, 6 février 2008.

Eiser Infrastructure Ltd. et Energia Solar Luxembourg S.àrl c. Espagne, affaire CIRDI n° ARB/13/36, Sentence du 4 mai 2017.

Emilio Agustín Maffezini c. Espagne, affaire CIRDI, n° ARB/97/7, décision sur la compétence du 25 janvier 2000.

Enron Corporation et Ponderosa Assets, L.P c. Argentine, Affaire n° ARB/01/3, sentence du 22 mai 2007.

Joy Mining Machinery Limited c. Egypte, Affaire CIRDI n° ARB/03/11.

LG&E Energy Corp., et al. c. Argentine, Affaire CIRDI n° ARB/02/1 décision sur la responsabilité, 3 octobre 2006.

Metalclad Corporation c. Mexique, Affaire CIRDI n° ARB(AF)/97/1, sentence du 30 aout 2000.

National Grid plc c. Argentine, CNUDCI, sentence du 3 novembre 2008.

PL Holdings S.à.r.l. c. Pologne, SCC n° V2014/163, sentence partielle, 28 juin 2017

Rompetrol Group NV c. Roumanie, Affaire CIRDI n° ARB/06/3, 6 mai 2013.

Ronald S. Lauder c. République Tchèque, CNUDCI, sentence du 3 septembre 2001.

Saipem S.p.A. c. Bangladesh, Affaire CIRDI, n° ARB/05/07, décision sur la compétence du 21 mars 2007.

Salini Costruttori S.p.A. c. Maroc, affaire CIRIDI n° ARB/00/4, décision sur la compétence du 23 juillet 2001.

Saluka Investments BV c. République tchèque, CNUDCI, sentence partielle du 17 mars 2006.

S.D. Myers, Inc. c. Canada, CNUDCI, sentence partielle, 13 septembre 2000.

Sempra Energy International c. Argentine, Affaire CIRDI n° ARB/02/16, décision du comité ad hoc sur la demande d'annulation, 29 juin 2010.

Sempra Energy International c. Argentine, affaire n° CIRDI ARB/02/16 sentence du 28 septembre 2007.

South American Silver Limited (Bermuda) c. Bolivie, Affaire CPA n° 2013-15, sentence du 22 novembre 2018.

The Ambatielos Claim (Greece, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland), [1956] XII Recueil des sentences arbitrales.

Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. The United Mexican States, Affaire ARB (AF)/00/2

Urbaser S.A. c. Argentine, Affaire CIRDI n° ARB/07/26, sentence du 8 décembre 2016.

Vivendi c. Argentine, Affaire CIRDI n° ARB/03/19, 21 novembre 2000.

Waguieh elie george siag c. Egypte, Affaire n° ARB/05/15, 1 juin 2009.

Yaung Chi Oo Trading Pte. Ltd. v. Government of the Union of Myanmar, Award, ASEAN Case n° ARB/01/1, 2003.

V. INSTRUMENTS JURIDIQUES

Accord entre le gouvernement de la République française et le gouvernement ... sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, 14 février 2006, en ligne : <<https://jusmundi.com/fr/document/treaty/fr-accord-entre-le-gouvernement-de-la-republique-francaise-et-le-gouvernement-de-sur-lencouragement-et-la-protection-reciproques-des-investissements-modele-de-tbi-de-la-france-2006-tuesday-14th-february-2006>>.

Accord entre le Canada et ... concernant la promotion et la protection des investissements, 2021, en ligne : <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/2021_model_fipa-2021_modele_apie.aspx?lang=fra>.

Accord de libre-échange entre Singapour et l'Australie.

Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada, Annex 14-C and Annex 14-D, 7 juillet 2021, en ligne : <<https://ustr.gov/sites/default/files/files/agreements/FTA/USMCA/Text/14-Investment.pdf>>.

Banque mondiale, *Cadre juridique pour le traitement de l'investissement étranger*, 1992.

Free Trade Agreement between the Government of Australia and the People's Republic of China, en ligne : <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3454/download>>.

OCDE, *L'accord multilatéral sur l'investissement: projet de texte consolidé*, (1998), DAF/MAI(98)7/REV1, en ligne : <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2814/download>>.

Commission du droit international, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, 2001, en ligne : <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/draft_articles/9_6_2001.pdf>.

Commission du droit international, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, 2001, en ligne : <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/commentaries/9_6_2001.pdf>.

Commission du droit international, *Projet d'articles sur les clauses de la nation la plus favorisée (Projet CDI)*, 1978, en ligne : <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/draft_articles/1_3_1978.pdf>.

Protocole de Colonia sur la promotion et la protection réciproques des investissements, approuvé par la décision 11/93 du Conseil du MERCOSUR, signé par les Etats membres le 17 janvier 1994, entré en vigueur en aout 1995.

Protocole sur la promotion et la protection des investissements provenant d'Etats non membres du MERCOSUR, approuvé par décision 11/94 du Conseil du MERCOSUR, signé le 5 aout 1994, entré en vigueur en aout 1995.

Traité d'amitié et de commerce, conclu entre le Roi et les États-Unis de l'Amérique septentrionale, 6 février 1778, en ligne : <<https://mjp.univ-perp.fr/traites/1778paris.htm>>.

Traité bilatéral d'investissement Etats-Unis/Argentine, 1991.

Traité bilatéral d'investissement Argentine-Danemark, 6 novembre 1992.

Traité bilatéral d'investissement Royaume-Uni – Bosnie-Herzégovine, 2002.

Traité bilatéral d'investissement Japon–République de Corée, 2002.

Traité bilatéral d'investissement Chine-Bénin, 2004.

IV. BILLETS DE BLOG

« Accord multilatéral sur l'investissement », en ligne : https://fr.wikipedia.org/wiki/accord_multilatéral_sur_l'investissement.

Organisation mondiale de la santé, « Allocution liminaire du Directeur général de l'OMS lors du point de presse sur la COVID-19 - 11 mars 2020 » (11 mars 2020), en ligne : <https://www.who.int/fr/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>.

« Cambodia to ban some rice exports April 5 due to coronavirus », *Reuters* (30 mars 2020), en ligne : <https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-cambodia-rice/cambodia-to-ban-some-rice-exports-april-5-due-to-coronavirus-idUSKBN21H1E6>.

« Canada closing borders to noncitizens because of coronavirus, US citizens exempt from ban 'for the moment' », *CNBC* (16 mars 2020), en ligne : <https://www.cNBC.com/2020/03/16/coronavirus-response-canada-closing-borders-to-non-citizens.html>.

BURGUENO SALAS, E., « Coronavirus: impact on the aviation industry worldwide - statistics & facts », *Statista* (26 avril 2022), en ligne : <https://www.statista.com/topics/6178/coronavirus-impact-on-the-aviation-industry-worldwide/#dossierKeyfigures>.

DUPRÉ, M., « Covid 19: les professionnels anticipent une hausse des plaintes d'investisseurs contre les Etats », *Institut Veblen pour les réformes économiques* (28 avril 2020), en ligne : <https://www.veblen-institute.org/Covid-19-les-professionnels-anticipent-une-hausse-des-plaintes-d-investisseurs.html>.

« Coronavirus dans le monde: de nouvelles mesures de restriction pour endiguer l'épidémie », *Le monde* (aout 2020), en ligne : https://www.lemonde.fr/planete/article/2020/08/16/coronavirus-dans-le-monde-de-nouvelles-mesures-de-restriction-mises-en-place-pour-endiguer-l-epidemie_6049091_3244.html.

« Coronavirus : quels sont les pays confinés ? », *Tv5 monde* (2020), en ligne : <<https://information.tv5monde.com/info/coronavirus-quels-sont-les-pays-confines-352330>>.

« Coronavirus: Government to pay up to 80% of workers' wages », *BBC* (20 mars 2020), en ligne : <<https://www.bbc.com/news/business-51982005>>.

« Coronavirus : Rome saisit du matériel respiratoire en partance pour la Grèce », *Le figaro* (24 mars 2020), en ligne : <<https://www.lefigaro.fr/flash-eco/coronavirus-rome-saisit-du-materiel-respiratoire-en-partance-pour-la-grece-20200324>>.

PADDEU, F. et JEPHCOTT, F., « COVID-19 and Defences in the Law of State Responsibility: Part I », *EJIL: Talk* (17 mars 2020), en ligne : <<https://www.ejiltalk.org/covid-19-and-defences-in-the-law-of-state-responsibility-part-i/>>.

PADDEU, F. et JEPHCOTT, F., « COVID-19 and Defences in the Law of State Responsibility: Part II », *EJIL:Talk* (17 mars 2020), en ligne : <<https://www.ejiltalk.org/covid-19-and-defences-in-the-law-of-state-responsibility-part-ii/>>.

PRABHASH, R., « Covid-19 and ISDS Moratorium – An Indiscreet Proposal » (2020), en ligne : <<http://opiniojuris.org/2020/06/15/covid-19-and-isds-moratorium-an-indiscreet-proposal/>>.

« Covid-19 Government measures Dataset », *Acaps* (10 décembre 2020), en ligne : <<https://www.acaps.org/covid-19-government-measures-dataset>>.

« Guerre des masques entre la Suède et la France », *L'express* (1 avril 2020), en ligne : <https://www.lexpress.fr/actualite/monde/europe/requisition-et-indignation-partagee-la-guerre-des-masques-entre-la-suede-et-la-france_2122374.html>.

« India Bans All Exports of Virus Drug Often Touted by Trump », *Bloomberg* (5 avril 2020), en ligne : <<https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-04-05/india-bans-all-exports-of-trump-s-game-changer-virus-drug>>.

« Investment Policy Hub », *UNCTAD*, en ligne : <<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>>.

« Johnson puts UK in lockdown in Coronavirus U-turn », *Euractiv* (17 mars 2020), en ligne : <https://www.euractiv.com/section/coronavirus/news/johnson-puts-uk-in-lockdown-in-coronavirus-u-turn/>.

SABANOULLARI, L., « Le bien-fondé et les limites des clauses d'exception générale dans la pratique actuelle des traités d'investissement », *Investment Treaty News* (21 mai 2015), en ligne : <https://www.iisd.org/itn/fr/2015/05/21/the-merits-and-limitations-of-general-exception-clauses-in-contemporary-investment-treaty-practice/>.

« Le gouvernement du Québec ordonne la fermeture des commerces et services non prioritaires ou essentiels », *Fasken* (25 mars 2020), en ligne : <https://www.fasken.com/fr/knowledge/2020/03/24-covid-19-le-gouvernement-du-quebec-ordonne-la-fermeture>.

Réseau québécois sur l'intégration continentale (RQIC), « Lettre ouverte sur la covid-19 et le RDIE adressée au gouvernement du Canada », *Central des syndicats démocratiques (CSD)*, en ligne : <https://www.csd.qc.ca/actualite/lettre-ouverte-sur-la-covid-19-et-le-rdie-adressee-au-gouvernement-du-canada/>.

« New Zealand signs side letters curbing investor-state dispute settlement » (9 mars 2018), en ligne : <https://www.beehive.govt.nz/release/new-zealand-signs-side-letters-curbing-investor-state-dispute-settlement>.

« Policy responses to Covid-19 », *International monetary fund* (2 juillet 2021), en ligne : <https://www.imf.org/en/Topics/imf-and-covid19/Policy-Responses-to-COVID-19>.

« Thirteenth extraordinary session on the AfCFTA: The Assembly of the Union adopts decision on the start of trading, African Union » (5 décembre 2020), en ligne : <https://au.int/en/pressreleases/20201205/thirteenth-extraordinary-session-afcfta-assembly-union-adopts-decision-start>.