



Q & A

Le risque de requêtes de RDIE fondées sur les lois nationales sur l'investissement :

Une autre « épée de Damoclès » suspendue au-dessus des mesures gouvernementales liées à la COVID-19 ?

H. Suzy Nikiéma
Nyaguthii Maina

Septembre 2020¹ (la version originale de ce texte est en anglais)

1. Quels risques de règlement des différends entre investisseurs et États sont liés aux mesures d'urgence prises par les gouvernements contre la COVID-19 ?

Depuis que la pandémie de COVID-19 a commencé à provoquer des ondes de choc dans le monde entier ces derniers mois, les gouvernements ont adopté diverses mesures visant à freiner la propagation du virus, allant des confinements complets limitant la circulation des citoyens aux interdictions d'exportation de fournitures médicales et alimentaires. Certains États ont nationalisé provisoirement leurs systèmes de soins de santé privés afin d'alléger le fardeau pesant sur les établissements surchargés, tandis que d'autres ont renforcé les règles de filtrage de l'investissement direct étranger (IDE) dans l'optique d'empêcher l'acquisition d'actifs stratégiques par des fonds voutours. Ces mesures variées et justifiables ont pour cible les différentes facettes de cette crise sanitaire et économique. Cependant, alors même que ces efforts et ces réponses progressent, les gouvernements pourraient être confrontés à une menace sans précédent présentée par les requêtes de règlement de différends entre investisseurs et États (RDIE) liées à la COVID-19 à travers l'arbitrage international.

Un commentaire publié récemment par l'Institut international du développement durable (IISD) se focalise sur le risque posé par les requêtes de RDIE fondées sur des traités et sur comment celles-ci pourraient avoir pour origine le réseau des plus de 2 800 accords internationaux d'investissement existants auxquels les gouvernements sont parties.² Ce commentaire et les

¹ Les auteurs remercient Nathalie Bernasconi-Osterwalder et Howard Mann pour leurs précieux commentaires sur les versions antérieures de cette note d'orientation.

² Bernasconi-Osterwalder, N., Brewin, S., & Maina, N. (2020, le 14 avril). *Protecting against investor-state claims amidst COVID-19: A call to action for governments*. <https://www.iisd.org/articles/protecting-against-investor-state-claims-amidst-covid-19-call-action-governments>



consultations ultérieures³ portant sur une réponse concertée aux risques liés à la COVID-19 appellent les gouvernements à suspendre conjointement les arbitrages investisseurs-États fondés sur des traités pour l'ensemble des mesures liées à la COVID-19 comme l'une des options disponibles en droit international pour réduire ces risques. Toutefois, alors que la menace de requêtes de RDIE fondées sur des traités se profile, les gouvernements pourraient encore être interpellés s'agissant des mesures prises dans le sillage de la crise par le biais des dispositions relatives au règlement des différends contenues dans les contrats d'investissement et les lois nationales sur l'investissement.

Il est en effet probable que certains investisseurs explorent toutes les possibilités disponibles pour porter plainte contre des violations alléguées par des États. Cette note d'orientation examine comment et pourquoi les lois sur l'investissement peuvent conduire à d'éventuelles requêtes de RDIE visant les gouvernements dans le sillage de la crise et présente des solutions possibles pour atténuer ces risques.

2. Quelles dispositions du droit national pourraient conduire à des requêtes de RDIE ?

Comme pour tout processus d'arbitrage international, qu'il soit fondé sur un traité, un contrat ou une loi nationale, le RDIE nécessite le consentement des parties au litige, que ce soit en vertu d'un accord préexistant ou d'un accord ultérieur par lequel le consentement a été donné après la naissance du différend. Au fil des années, il a été avancé que le consentement des parties au litige ne doit pas nécessairement apparaître dans un seul et même document tel qu'un contrat. Les gouvernements donnent parfois leur consentement direct à l'arbitrage par le biais des traités d'investissement ou des lois nationales sur l'investissement.⁴ Dans les deux cas de figure, on considère que l'État d'accueil a consenti au RDIE face à l'investisseur étranger. L'investisseur pourrait alors « accepter » la proposition du gouvernement et perfectionner le « consentement à l'arbitrage » des parties au litige en déposant une requête de RDIE.

D'après la base des données de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), il existe actuellement 125 codes nationaux des investissements, dont l'immense majorité (102) se trouvent dans des pays en développement.⁵ La plupart des lois sur l'investissement (70) prévoient des mécanismes nationaux de règlement des différends. Néanmoins, plus d'un tiers de ces codes (49) contiennent des dispositions relatives à l'arbitrage international, parmi lesquels 40 établissent le consentement de l'État à l'arbitrage international.

Les lois sur l'investissement qui établissent un consentement sans équivoque à l'arbitrage confèrent à un tribunal arbitral la compétence pour connaître d'une affaire. De plus, certaines de ces lois mettent un éventail d'options à la disposition de l'investisseur, leur laissant le choix du for et des règles de procédure applicables.

³ IISD. (2020, mai). *Consultations on a concerted response to COVID-19 related ISDS risks*. <https://www.iisd.org/events/consultations-concerted-response-covid-19-related-isds-risks>

⁴ Voir Potestà, M. (2011). The interpretation of consent to ICSID arbitration contained in domestic investment laws, *Arbitration International*, 27(2). <https://core.ac.uk/download/pdf/85220241.pdf>

⁵ La plateforme « Investment Policy Hub » de la CNUCED héberge le Navigateur des lois sur l'investissement (« Investment Laws Navigator ») à l'adresse suivante: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-laws>



Ces dispositions varient selon le langage employé et comprennent des formules telles que :

Si les parties ne parviennent pas à un règlement à l’amiable ... le différend **sera réglé**, à la requête de la partie lésée, conformément à une procédure d’arbitrage découlant : de la Convention du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et Ressortissants d’autres États, (Convention CIRDI), **Le consentement des parties** à la compétence du CIRDI ou du Mécanisme Supplémentaire, selon le cas, requis par les instruments les régissant, **est constitué en ce qui concerne la République Démocratique du Congo par le présent article** et en ce qui concerne l’investisseur par sa demande d’admission au régime de la présente loi ou ultérieurement par acte séparé.⁶

ou

Un différend entre un investisseur étranger et une agence d’État, à moins que la procédure de résolution ne soit définie par leur accord, est soumis à une résolution devant les tribunaux de Géorgie ou au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements. À moins que le différend ne soit examiné par le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, un investisseur étranger **est autorisé** à s’adresser à toute instance arbitrale internationale mise en place par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) pour résoudre le différend conformément aux règles établies dans le cadre de l’arbitrage et de l’accord international.⁷

Bien que le droit international coutumier reconnaisse que le consentement d’un État à l’arbitrage ne peut être implicite, les arbitres et les conseillers en déduisent parfois le consentement à partir de formulations dans les codes d’investissements qui pourraient être considérées comme « imprécises ». En effet, ces dispositions imprécises laissent aux tribunaux d’arbitrage le soin de clarifier l’intention de l’État de consentir au RDIE lors de la rédaction de la loi. À titre d’exemple, la première affaire d’arbitrage connue portée en vertu d’une loi sur l’investissement — l’affaire dite « des Pyramides »⁸ — reposait sur le Code égyptien des investissements de 1974. La disposition de RDIE en question indiquait :

Les litiges en matière d’investissement concernant la mise en œuvre des dispositions de la présente loi sont réglés d’une manière à convenir avec l’investisseur, ou dans le cadre des accords en vigueur entre la République arabe d’Égypte et le pays d’origine de l’investisseur, ou dans le cadre de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre l’État et les ressortissants d’autres pays auxquels l’Égypte a adhéré en vertu de la loi n° 90 de 1971, lorsque cette convention s’applique.

Selon l’Égypte, les différentes options énumérées dans sa législation nationale ne constituaient pas un consentement au RDIE, et la disposition exigeait le recours à un accord d’exécution séparé conclu avec l’investisseur. De plus, elle affirmait que la disposition ne visait qu’à informer les investisseurs potentiels que l’arbitrage du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) fait partie d’un éventail de méthodes de règlement des

⁶ Gras ajouté. République Démocratique du Congo, Code des investissements 2002, article 38.

⁷ Traduction non officielle ; gras ajouté. Loi géorgienne sur la promotion et les garanties des activités connexes aux investissements (1996), article 16.

⁸ Southern Pacific Properties (Middle East) Limited (SPP) c. République arabe d’Égypte, Affaire CIRDI n° ARB/84/3.



différends que peuvent utiliser les investisseurs pour négocier avec les autorités égyptiennes dans des circonstances appropriées (para 53).⁹ Toutefois, le tribunal en a décidé autrement et a procédé à l'examen au fond de l'affaire. L'Égypte a été tenue de verser des dommages-intérêts à l'investisseur.¹⁰

Face à des dispositions qui donnent le consentement de l'État à l'arbitrage, les investisseurs étrangers peuvent poursuivre l'État dans le contexte d'un arbitrage international pour des violations présumées d'une loi nationale qui seraient normalement traitées par les tribunaux nationaux. Essentiellement, une fois qu'un État consent à l'arbitrage international par le biais de ses lois sur l'investissement, il permet à un tribunal d'arbitrage international d'interpréter son droit interne à la place des tribunaux nationaux. Comme dans l'affaire *SPP c. Égypte* mentionnée plus haut, le tribunal a déterminé que l'interprétation par un État souverain de son propre consentement unilatéral à la compétence d'un tribunal international ne lie pas le tribunal et ne détermine pas les questions de compétence.¹¹

Les dispositions qui établissent un consentement clair à l'arbitrage international étaient plus fréquentes dans les anciens codes des investissements adoptés avant 2010. Ceci est le résultat de conseils provenant d'unités spécialisées d'organisations internationales telles que la Banque mondiale, qui ont plaidé pour que les pays rédigent leurs lois nationales sur l'investissement en un langage similaire à celui contenu dans les accords internationaux d'investissement. Une étude récente¹² a déterminé que « les pays ayant reçu des conseils pour la réforme de leurs lois nationales sont 650 % plus enclins à adopter une loi sur l'arbitrage international. Sur les 65 pays qui ont reçu des conseils en matière d'investissement, 30 ont par la suite inclus l'arbitrage international dans leurs lois ».¹³

Des pays en développement, dont le Togo, l'Égypte, le Salvador et la Côte d'Ivoire, suppriment maintenant le consentement de leurs codes les plus récents.¹⁴ Par ailleurs, certains gouvernements donnent la compétence exclusive aux tribunaux nationaux, sans faire référence au RDIE dans leurs lois sur l'investissement.¹⁵ Les tribunaux nationaux sont par définition le forum naturel pour l'interprétation et l'application du droit interne de chaque pays. D'autres lois sur l'investissement donnent la compétence aux tribunaux nationaux, sauf indication contraire d'un accord ultérieur, tel qu'un traité bilatéral d'investissement (TBI) ou un contrat. De telles lois indiquent par exemple que les différends entre l'État et un investisseur étranger « peuvent être soumis à l'arbitrage selon les méthodes suivantes qui peuvent être convenues d'un commun accord par les parties ».¹⁶ Cette catégorie du droit ne contient aucun consentement au RDIE sur lequel un investisseur peut s'appuyer de manière exclusive afin de déposer une requête de RDIE.

⁹ *SPP c. Égypte*, Affaire CIRDI n° ARB/84/3. Décision sur la compétence. Traduction non officielle.

¹⁰ Depuis, le pays a révisé sa loi sur l'investissement afin de retirer le consentement à l'arbitrage.

¹¹ *Ibid.*, para. 60

¹² Berge, T. L., & St. John, T. (2020, le 20 juin). Pourquoi les États consentent-ils à l'arbitrage dans leurs lois nationales sur l'investissement ? *Investment Treaty News*. <https://www.iisd.org/itn/fr/2020/06/20/why-do-states-consent-to-arbitration-in-national-investment-laws-tarald-berge-taylor-john/>

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Kebe, M., Atteib, M., & Sangare, M. (2019, le 19 septembre). Le nouveau Code des investissements en Côte d'Ivoire : focus sur les enjeux relatifs au développement durable et au règlement de différends. *Investment Treaty News*. <https://www.iisd.org/itn/fr/2019/09/19/ivory-coasts-new-investment-code-focus-on-issues-related-to-sustainable-development-and-dispute-settlement-mouhamed-kebe-mahamat-atteib-mouhamoud-sangare>

¹⁵ Voir la Loi sud-africaine sur l'investissement, 2015 ; la Proclamation éthiopienne sur l'investissement, 2012 ; et la Loi namibienne sur l'investissement, 2016.

¹⁶ Loi ougandaise sur l'investissement, 2019, article 25.2. Voir également la Loi algérienne sur l'investissement, 2016, article 23 ; le Code guinéen des investissements, 2015, article 43 ; et la Loi rwandaise sur l'investissement, 2015, article 9.



3. Pourquoi le RDIE dans les lois sur l'investissement est-il source de préoccupation ?

Une loi sur l'investissement (lorsqu'elle s'applique aux investisseurs étrangers) concerne pratiquement tous les investisseurs étrangers quel que soit leur État d'origine, ce qui, par conséquent, élargit l'étendue de son champ d'application, augmentant ainsi le risque d'exposition d'un pays aux requêtes de RDIE. En revanche, dans les traités, l'offre de consentement est limitée aux investisseurs étrangers provenant des États parties, et sa portée dépend de la définition de l'investisseur étranger donnée par le traité¹⁷ ainsi que de la portée de la disposition relative au règlement des différends contenue dans le traité. De manière similaire, les contrats ou permis d'investissement n'accordent le consentement qu'aux investisseurs parties à l'accord. La portée et l'applicabilité du consentement dans les lois sur l'investissement sont également larges puisque la loi ne peut être interprétée de façon isolée sans prendre en compte d'autres lois nationales pertinentes relatives à l'investissement. L'interprétation de ses dispositions s'applique à un champ plus étendu de questions, contrairement aux traités, pour lesquels la portée dépend de la formulation des dispositions contenues dans l'accord.

Au-delà de ce vaste champ d'application, d'autres préoccupations concernant le mécanisme de RDIE comprennent son manque de transparence, son imprévisibilité ainsi que le coût et la durée de ses procédures. Les tribunaux d'arbitrage n'ont pas non plus été liés par la jurisprudence dans le passé, conduisant à des résultats incohérents et divergents même lorsque des faits identiques sont en cause. De telles incohérences pourraient provoquer une divergence vis-à-vis de l'interprétation de la loi par les tribunaux nationaux. Si cela devait se produire, un investisseur national qui n'a pas accès à l'arbitrage international pourrait subir un résultat différent de celui d'un investisseur étranger qui a accès au RDIE, ce qui créerait une dichotomie au niveau de l'interprétation et de l'application de la loi nationale sur l'investissement elle-même. Les requêtes spéculatives par le biais du financement par des tiers¹⁸ exacerbent davantage l'exposition des États à de multiples requêtes de RDIE qui contestent des mesures similaires.

Le RDIE ayant suscité des critiques depuis quelques années, le Groupe de travail III de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) propose actuellement sa réforme.¹⁹ Les réformes en cours se focalisent principalement sur le RDIE fondé sur des traités. Il convient de signaler que le Règlement de la CNUDCI sur la transparence²⁰ et la Convention de Maurice sur la transparence,²¹ qui visent à promouvoir la bonne gouvernance dans l'arbitrage, ne s'appliquent qu'aux différends fondés sur des traités et non à ceux relevant des lois nationales ou des contrats d'investissement.

¹⁷ Suzy Nikiéma, Définition de l'investisseur, Série Bonnes Pratiques, IISD. <https://www.iisd.org/publications/best-practices-definition-investor>

¹⁸ Un financement par un tiers pourrait survenir lorsqu'un fonds vautour ou une tierce partie paie un investisseur pour présenter une requête de RDIE en échange d'un retour ou d'un autre intérêt financier dans le cadre du règlement d'un différend. Pour de plus amples informations, voir Garcia, F. (2018, 30 juillet). Charge contre le financement par des tiers dans l'arbitrage des investissements. *Investment Treaty News*. <https://cf.iisd.net/itn/2018/07/30/the-case-against-third-party-funding-in-investment-arbitration-frank-garcia/>

¹⁹ Les travaux du Groupe de travail III portant sur la réforme du RDIE sont disponibles ici : https://uncitral.un.org/fr/working_groups/3/investor-state

²⁰ Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités. <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/rules-on-transparency-f.pdf>

²¹ Ibid.



4. Les investisseurs peuvent-ils contester les mesures liées à la COVID-19 en vertu des dispositions de RDIE fondées sur le droit relatif aux investissements ?

Alors qu'ils cherchent à atténuer les impacts sanitaires et économiques de la COVID-19, les gouvernements sont confrontés au risque de requêtes de RDIE ayant pour origine les mesures adoptées pendant et après la pandémie, notamment en vertu de contrats, de traités ou de lois nationales. À cet égard, des cabinets d'avocats spécialisés dans les arbitrages relatifs aux investissements et des bulletins d'information sur l'arbitrage annoncent déjà l'avènement d'arbitrages investisseur-État liés à la COVID-19.²²

D'un côté, il n'y a pas encore eu de requêtes de RDIE fondées sur les lois sur l'investissement et liées à la COVID-19 ; néanmoins, plusieurs autres affaires de RDIE ont eu pour fondement des lois sur l'investissement. Fin avril 2020, il y avait au moins 30 affaires connues fondées sur des lois sur l'investissements,²³ dont certaines étaient dépourvues de données accessibles au public sur les procédures. Dans ces affaires, un investisseur s'est appuyé uniquement sur une loi pour déposer une requête sans avoir recours à un autre instrument tel qu'un traité d'investissement ou un contrat d'investissement. À titre d'exemple, le gouvernement kirghize a tenu le rôle de défendeur dans 14 affaires d'arbitrage connues depuis la promulgation de sa loi sur l'investissement de 2003, dans lequel le gouvernement a donné son consentement au RDIE. Dans au moins cinq de ces 14 affaires, la compétence du tribunal était fondée sur cette loi sur l'investissement.²⁴

Les affaires de RDIE fondées sur les lois sur l'investissement sont relativement peu fréquentes en comparaison avec les plus de 1 000 requêtes de RDIE fondées sur des traités.²⁵ Toutefois, les pays ne devraient pas négliger les risques possibles, compte tenu notamment des incertitudes concernant la COVID-19 et de la probabilité que des investisseurs étrangers déposent des requêtes dans l'optique de compenser leurs pertes subies. Compte tenu également du risque de requêtes spéculatives alimentées par le financement par des tiers et les honoraires contingents, il serait utile que les pays réexaminent leurs lois sur l'investissement afin de s'assurer que leurs dispositions laissent une marge de manœuvre politique adéquate pour réagir de manière exhaustive aux effets de la pandémie — à titre de mesure préventive générale.

²² Benedetteli, M. (2020). *Could COVID-19 emergency measures give rise to investment claims? First reflections from Italy*. Global Arbitration Review. <https://globalarbitrationreview.com/article/1222354/could-covid-19-emergency-measures-give-rise-to-investment-claims-first-reflections-from-italy>; Aceris Law LLC. (2020). *The COVID-19 pandemic and investment arbitration*. <https://www.acerislaw.com/the-covid-19-pandemic-and-investment-arbitration/>; Herbert Smith Freehills. (2020). *COVID-19: Pressure points: A balance of obligations: The response to the pandemic and investment treaty protections (global)*. <https://www.herbertsmithfreehills.com/latest-thinking/covid-19-pressure-points-a-balance-of-obligations-the-response-to-the-pandemic-and>

²³ <https://www.italaw.com/>

²⁴ Berge, T. L., & St. John, T. (2020, le 20 juin). Pourquoi les États consentent-ils à l'arbitrage (voir note de bas de page n° 11).

²⁵ Navigateur CNUCED portant sur le règlement des différends relatifs aux investissements. <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>



5. Est-ce que la combinaison du consentement au RDIE avec les normes des TBI dans les lois sur l'investissement augmente l'exposition aux requêtes d'arbitrage coûteuses ?

Les risques auxquels sont confrontés les gouvernements peuvent être exacerbés lorsque des dispositions des lois sur l'investissement accordant le consentement au RDIE sont couplées avec des dispositions de fond importées de traités d'investissement de l'ancienne génération. Parmi les dispositions sujettes à controverse, l'on peut citer le traitement juste et équitable (TJE) et l'expropriation indirecte. Certaines lois sur l'investissement récentes ont en effet incorporé ces deux concepts.²⁶

Le TJE²⁷ est une disposition « fourre-tout » hautement controversée qui permet aux investisseurs de contester les modifications juridiques ou réglementaires effectuées par les gouvernements, en alléguant le plus souvent un empiètement sur leurs « attentes légitimes ». Cette disposition étant imprécise et vague et extensive, elle est utilisée surtout lorsque toute autre requête a échoué.

L'expropriation indirecte²⁸ est encore une autre disposition controversée ayant conduit à des requêtes de RDIE, notamment lorsque des gouvernements ont réglementé la santé publique ou intervenu lors de crises économiques.²⁹ D'après certains investisseurs, les mesures réglementaires restreignent l'utilisation ou la jouissance de leurs droits d'investissement et constituent ainsi une violation des obligations étatiques en vertu des traités d'investissement.

Le principal souci présenté par ces dispositions réside dans le fait qu'elles établissent des normes parallèles à celles disponibles en vertu des lois constitutionnelles et administratives d'un pays. Par exemple, alors que les lois nationales intègrent généralement le concept d'« expropriation », elles n'adhèrent pas généralement au concept d'« expropriation indirecte ». En outre, le calcul du montant des dommages-intérêts en cas d'expropriation diffère entre la loi nationale, telle qu'elle est interprétée par les tribunaux nationaux, et les normes juridiques internationales, telles qu'elles sont interprétées par les tribunaux d'arbitrage, qui ont souvent recours à des montants exorbitants.³⁰

Le RDIE a en effet abouti à l'imposition de très fortes indemnisations à des États, une situation qui s'explique en partie par l'interprétation extensive de certaines dispositions par des tribunaux d'arbitrage. De plus, les tribunaux ne sont pas liés par la jurisprudence dans leur processus de prise de décision. Les résultats peuvent donc fortement varier, même entre des affaires présentant des faits importants et des moyens de défenses similaires.

²⁶ Voir par exemple le Code burkinabè des investissements, 2018, articles 8 et 9.

²⁷ Pour une discussion autour de cette controverse, voir : https://uncitral.un.org/fr/working_groups/3/investor-state

²⁸ Pour une définition de l'expropriation indirecte, voir : <https://www.iisd.org/publications/best-practices-indirect-expropriation>

²⁹ Bernasconi-Osterwalder et al. (2020). *Protecting against investor–state claims* (voir note de bas de page n° 1).

³⁰ Bonnitcho, J., & Brewin, S. (2019, octobre). *L'indemnisation en vertu des traits d'investissement*. IISD. <https://www.iisd.org/system/files/publications/best-practices-compensation-treaties-fr-V4.pdf>



6. Pourquoi le consentement à l'arbitrage international est-il incorporé dans des lois nationales ?

On pourrait se demander pourquoi certains gouvernements, notamment ceux des pays en développement, accorderaient leur consentement au RDIE à travers leurs lois nationales ou incorporeraient des dispositions controversées contenues dans des traités telles que le TJE. Ces dispositions font peser des risques très importants sur les États de par leur exposition à des interprétations ambiguës émises par les tribunaux d'arbitrage, une situation qui peut potentiellement conduire à des dommages-intérêts qui se chiffrent en millions ou milliards de dollars.

Une étude récente³¹ a démontré que les pays en développement intègrent ces dispositions car des unités spécialisées d'organisations internationales telles que la Banque mondiale jugent que celles-ci représentent les « meilleures pratiques internationales ». Dans son manuel de 2010 traitant de la réforme des lois sur l'investissement à destination des praticiens du développement, la Banque mondiale a recommandé que les pays en développement « incluent dans la loi sur l'investissement une disposition relative à l'arbitrage accordant un consentement explicite à l'arbitrage pouvant améliorer le confort des investisseurs ». ³² Ces conseils ont amené certains gouvernements à modifier leur législation dans le but de reprendre des formules problématiques contenues dans les traités d'investissement. ³³ Il est en effet discutable que des organisations internationales plaident pour que les pays en développement incluent dans leurs lois nationales leur consentement préalable à l'arbitrage international ou des normes controversées, en dépit des preuves et de la reconnaissance croissantes de ses défaillances sur le plan mondial.

7. Comment les gouvernements peuvent-ils atténuer le risque de requêtes de RDIE fondées sur le droit des investissements et ayant pour origine les mesures liées à la COVID-19 ?

Les gouvernements peuvent envisager différentes étapes à suivre afin d'atténuer le risque de requêtes de RDIE trouvant leur origine dans les mesures liées à la COVID-19. Ces étapes devraient être appropriés au cadre juridique national, notamment en ce qui concerne les formulations contenues dans sa législation en matière d'investissement et son système constitutionnel national. Les mesures devraient également être proportionnelles au degré d'exposition aux requêtes de RDIE résultant des mesures liées à la COVID-19. Des efforts préventifs n'empêcheraient pas les investisseurs étrangers d'accéder à la justice dans le cadre de processus nationaux ou d'autres processus internationaux applicables en vigueur, y compris les processus entre États ; ce qui pourraient être communiqués de façon claire à la communauté des investisseurs et aux partenaires institutionnels. ³⁴

³¹ Berge, T. L. & St John, T. (2019, le 30 août). Asymmetric diffusion: World Bank 'best practice' and the spread of arbitration in national investment laws. *Review of International Political Economy*. <https://ssrn.com/abstract=3447365> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3447365>

³² Groupe de la Banque mondiale. (2010). *Investment law reform: A handbook for development practitioners* (p. 64). <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/25206>. Licence : CC BY 3.0 IGO

³³ Ibid.

³⁴ Bernasconi-Osterwalder et al. (2020). *Protecting against investor–state claims* (voir note de bas de page n° 1).



Dès le départ, les gouvernements devraient avoir une vision claire de la portée des mesures de réforme qu'ils souhaitent entreprendre et savoir si celles-ci devraient être provisoires ou permanentes. À titre d'exemple, le gouvernement pourrait décider de suspendre les dispositions relatives au RDIE de façon provisoire et de prévoir une révision plus holistique et approfondie de la législation lors d'une phase ultérieure. Contrairement aux traités, les lois sur l'investissement peuvent être modifiées sans obtenir l'accord d'un autre gouvernement. Une autre question à se poser est celle de savoir si le RDIE en vertu de la loi sur l'investissement devrait être suspendu à tous les niveaux ou uniquement vis-à-vis des mesures liées à la COVID-19, et combien de temps une suspension du RDIE devrait durer si elle n'est pas permanente. Il peut également y avoir des opportunités ou des processus permettant d'élaborer des clarifications relatives au RDIE et/ou aux dispositions matérielles en rapport avec la pandémie de COVID-19 dans l'optique de mieux préciser les droits du gouvernement pendant les états d'urgence.

Conclusion

Toutes les mesures gouvernementales liées à la COVID-19 ne constitueront pas une violation qui peut être sanctionnée en vertu du RDIE. Néanmoins, les mesures étatiques d'intérêt général — qu'elles soient liées à la santé, au commerce ou aux finances — peuvent être contestées par les investisseurs, surtout à des moments de crise nationale grave. Chaque pays devra choisir l'instrument ou le processus approprié permettant de minimiser efficacement son risque de subir des requêtes de RDIE. En outre, cela pourrait être le bon moment pour commencer à entreprendre une évaluation globale des codes d'investissements et/ou des lois sectorielles connexes des gouvernements qui devraient être révisés simultanément.

Les lois sur l'investissement ont joué un rôle primordial dans la mise en place de cadres institutionnels et de processus décisionnels en matière d'investissement, et cela est possible sans créer un ensemble parallèle de mesures de protection des investissements déjà incorporées dans le système juridique interne d'un pays.³⁵ Compte tenu du risque probable de requêtes de RDIE fondées sur les lois sur l'investissement, les pays devraient évaluer la nécessité, le rôle et la valeur ajoutée des dispositions relatives au RDIE dans leurs lois sur l'investissement pendant et après la pandémie de COVID-19.

³⁵ Bonnitcha, J. (2017, décembre). *Investment laws of ASEAN countries: A comparative review*. IISD. <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/investment-laws-asean-countries.pdf>

© 2020 The International Institute for Sustainable Development
Publié par l'Institut international du développement durable

INSTITUT INTERNATIONAL DU DÉVELOPPEMENT DURABLE

L'Institut international du développement durable (IISD) est un groupe de réflexion indépendant qui défend des solutions durables aux problèmes du XXI^e siècle. Notre mission est de promouvoir le développement humain et la durabilité environnementale. Nous le faisons par le biais de travaux de recherche, d'analyses et d'acquisition de savoirs qui soutiennent l'élaboration de politiques pertinentes. Notre vision globale nous permet d'aborder les causes profondes de certains des plus grands problèmes auxquels notre planète est confrontée aujourd'hui : la destruction de l'environnement, l'exclusion sociale, les lois et les règles économiques injustes, le changement climatique. Le personnel de l'IISD, qui représente plus de 120 personnes, plus de 50 associés et une centaine de consultants, vient du monde entier et de nombreuses disciplines.

Notre travail a un impact sur la vie des habitants de près de 100 pays. Avec une démarche autant scientifique que stratégique, l'IISD apporte les connaissances qui sont nécessaires à l'action. L'IISD est un organisme de bienfaisance enregistré au Canada, qui possède le statut 501(c)(3) aux États-Unis. L'IISD bénéficie d'un soutien opérationnel important de la province du Manitoba et de financements de projets provenant de nombreux gouvernements canadiens et étrangers, d'organismes des Nations Unies, de fondations, du secteur privé et de particuliers.

Winnipeg, Canada (siège)

111, avenue Lombard
Bureau 325
Winnipeg (Manitoba)
Canada R3B 0T44

Tel: +1 (204) 958-7700

Website: www.iisd.org

Twitter: @IISD_news



[iisd.org](http://www.iisd.org)