



Réunion virtuelle sur le RDIE et les mesures liées au COVID-19

Jeudi 7 mai 2020



Agenda de la réunion virtuelle

- 1. Risques RDIE en ce qui concerne les mesures liées au COVID-19** : Suzy Nikièma, IISD
- 2. Projet de texte pour un accord multilatéral visant à suspendre le RDIE pour les mesures liées à COVID-19** : Nathalie Bernasconi, IISD
- 3. Commentateurs** : Hamed El Khady, CNUCED; Pr Makane Moïse Mbengue, Université de Genève
- 4. Discussion ouverte**
 - Il s'agit d'une réunion virtuelle fermée réservée aux négociateurs des pays en développement en matière d'investissement. La réunion se déroulera selon la "règle de Chatham House".
 - Pendant les présentations, utilisez la fonction "discuter" pour poser des questions écrites aux intervenants.
 - Pendant la discussion ouverte, utilisez la fonction "lever la main" lorsque vous souhaitez faire un commentaire. L'animateur technique activera alors votre micro.

COMMENTAIRE

Se protéger contre les requêtes d'arbitrage investisseurs-États face à la crise du COVID-19 : Un appel à l'action destiné aux gouvernements

Nathalie Bernasconi-Osterwalder
Sarah Brewin
Nyaguthii Maina
avril 2020

Introduction

La pandémie de COVID-19 a plongé le monde dans une crise massive sur les plans sanitaire et économique. Les gouvernements cherchent à freiner la propagation du virus par le biais d'interventions d'urgence et de mesures telles que le confinement et l'endiguement strict. Ils prennent également des mesures pour garantir les approvisionnements d'aliments, d'équipements médicaux et de services sanitaires essentiels. Bien qu'elles soient primordiales du point de vue de la santé, bon nombre de ces mesures frappent de plein fouet les entreprises, ce qui crée un risque sans précédent que des arbitrages d'investissements surviennent des plus de 3000 traités d'investissements conclus dans le monde.

D'après un scénario prévisible, des centaines d'investisseurs étrangers pourraient potentiellement intenter des poursuites visant à contester les mesures d'urgence liées au virus mises en place par les gouvernements. Un grand nombre de ces plaintes pourraient bénéficier d'un appui de tiers financeurs et se fonder sur des versements d'honoraires contingents en faveur des avocats concernés ; deux groupes qui recherchent des rendements élevés pour leurs portefeuilles d'arbitrage des investissements. Dans le cadre du système d'arbitrage entre investisseurs et États, chaque affaire sera statuée par un tribunal unique composé d'une combinaison différente d'arbitres internationaux, obligeant les gouvernements à se battre sur plusieurs fronts, à un coût atteignant toujours plusieurs millions de dollars. Si les tendances actuelles se poursuivent, les résultats seront imprévisibles et en grande partie contradictoires, certaines sentences pouvant atteindre les centaines de millions — voire les milliards — de dollars, tandis que d'autres sentences basées sur des faits similaires pourront aboutir à des décisions indiquant l'absence d'une quelconque violation de traité.

En une période de stress économique sévère, le soutien des systèmes de santé publique est plus important que jamais. Les gouvernements doivent disposer d'une marge de politique fiscale permettant la mise en œuvre de plans de soutien économique sans risquer d'être engloutis par une vague de cas d'arbitrage d'investissements. La seule façon d'y parvenir est que les gouvernements 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 comment les moyens de défense du droit international peuvent s'appliquer à cette situation extraordinaire.



Se protéger contre les requêtes d'arbitrage investisseurs-États face à la crise du COVID-19 : Un appel à l'action destiné aux gouvernements

Nathalie Bernasconi, Sarah Brewin & Nyaguthii Maina

avril 2020

Disponible à

<https://www.iisd.org/library/investor-state-claims-amidst-covid-19>



Les États ont pris des mesures de grande envergure pour contrôler la propagation du COVID-19 et gérer ses impacts économiques

Mesures visant à prévenir la propagation du virus

Fermetures, couvre-feux, restrictions de circulation, fermetures de frontières

Mesures visant à renforcer la réponse sanitaire au virus

Nationalisation des hôpitaux privés, faciliter les licences obligatoires de médicaments et de matériel médicaux brevetés

Mesures visant à garantir la fourniture alimentaire et d'équipements médicaux

Interdiction d'exporter des produits de base, des médicaments et équipements médicaux

Mesures pour faire face aux retombées financières et économiques

Filtrage des IDE, suspension des remboursements de prêts et des dividendes, mesures de relance et de sauvetage → Augmentation des niveaux de la dette publique



En attendant, les cabinets d'avocats préfigurent déjà l'arbitrage investisseur-État lié au COVID-19

Herbert Smith Freehills :

"Même en temps de crise, les États ont néanmoins des obligations de droit national et international (y compris en vertu des traités d'investissement), qui imposent des normes en fonction desquelles leur conduite peut être tenue pour responsable..."

Volterra Fietta :

"Les investisseurs étrangers pourraient faire valoir que la réquisition de moyens de production, en particulier s'ils sont de nature permanente, pourrait constituer une expropriation sans indemnisation. D'autres pourraient faire valoir que des mesures plus temporaires, y compris des restrictions sur les exportations de biens essentiels, sont contraires à leurs attentes légitimes, en violation de la norme de traitement juste et équitable..."



Les actions des États en temps de crise n'ont pas été à l'abri du RDIE par le passé

Par exemple, les affaires découlant de

La crise financière argentine

La crise de la dette grecque

La crise financière mondiale

Le printemps arabe

En dehors des périodes de crise, les mesures gouvernementales visant à protéger la santé publique ont également été remises en question (par exemple, les affaires Philip Morris)

→ Ces affaires montrent combien il peut être difficile pour les États de s'appuyer sur les défenses du droit international coutumier, qui ont des seuils très élevés et sont interprétées de manière incohérente.



La nécessité d'éviter les réclamations RDIE n'a jamais été aussi impérieuse...

- Des réclamations multiples au titre de faits matériels identiques contestant la même mesure avec des résultats imprévisibles.
- Le manque de clarté quant à la manière dont les normes vagues du traité s'appliqueront aux mesures liées au COVID-19 ; l'absence de jurisprudence contraignante
- Les tiers financeurs de litiges peuvent susciter des réclamations spéculatives ou marginales
- Les coûts élevés de la défense juridique lors d'un arbitrage d'investissement
- Des "méga-indemnisations" de plusieurs centaines de millions ou de milliards de dollars US, qui sapent les dépenses publiques, les actions de renflouements et de structuration de la dette



Compte tenu de ces risques, les États devraient agir collectivement pour éviter une vague d'arbitrage entre investisseurs et États...



Suspension bilatérale ou multilatérale du RDIE pour les mesures liées au COVID-19

- Suspension de l'opération du RDIE en ce qui concerne toutes les mesures liées au COVID-19 conformément au droit international public
- S'étend au-delà de la période de la pandémie et comprend des mesures sanitaires et économiques
- Approche bilatérale, régionale, multilatérale sont possibles
- Laisse le reste du traité intact par ailleurs
- Entrée en vigueur dès la signature
- Autres options de droit international public : extinction, amendement, interprétation
- Options unilatérales



Accord pour la suspension coordonnée du règlement des différends entre investisseurs et États en ce qui concerne les mesures liées au COVID-19

Les signataires de cet accord :

Convaincus de la nécessité pour nos gouvernements d'avoir agi, et de pouvoir continuer à agir, pour protéger la santé et la vie de nos citoyens et la gestion de l'économie et la protection des travailleurs à la suite des impacts sanitaires et économiques du COVID-19 ;

Conscients de nos obligations en vertu du Règlement sanitaire international de l'OMS (2005) et du droit des États de réglementer afin d'atteindre le niveau le plus élevé possible de santé physique et mentale ;

Ayant examiné et pris en considération les risques de différends entre investisseurs et États dans le cadre des traités d'investissement en ce qui concerne les mesures prises par les gouvernements pour faire face à la pandémie du COVID-19, et conscients des diverses alternatives existantes dans la pratique ;

Agissant en notre qualité de parties aux traités d'investissement couverts par le présent accord ;



Avons convenus et donné notre consentement à ce qui suit :

1. L'application de la ou des dispositions de tout traité d'investissement en vigueur entre deux ou plusieurs signataires du présent accord prévoyant le règlement des différends entre un investisseur et un État est par la présente suspendue en ce qui concerne les réclamations relatives aux mesures liées au COVID-19.



2. Le terme "traité d'investissement" désigne tout traité bilatéral ou multilatéral, y compris tout traité communément appelé accord de libre-échange, accord d'intégration économique, accord-cadre ou accord de coopération en matière de commerce et d'investissement, accord de promotion et de protection des investissements ou traité bilatéral d'investissement, qui contient des dispositions sur la protection des investissements ou des investisseurs, ainsi qu'une ou plusieurs dispositions sur le règlement des différends entre un investisseur et une partie à ce traité.

3. Pour un traité d'investissement en vigueur entre plus de deux signataires du présent accord, mais lorsque toutes les parties à ce traité d'investissement ne sont pas signataires du présent accord, l'article 1 s'applique à ce traité d'investissement uniquement entre les parties qui sont signataires du présent accord.



4. Le terme "mesures liées au COVID-19" comprend toute conduite d'un signataire du présent accord, que ce soit sous la forme d'une loi, d'un règlement, d'une règle, d'une procédure, d'une décision, d'un décret, d'une action administrative, d'un jugement, d'une ordonnance, d'une sentence ou de toute autre forme, adopté le ou après le 1er décembre 2019 par :

(a) les gouvernements et autorités centrales, régionales ou locales ;

(b) des organismes non gouvernementaux dans l'exercice de pouvoirs délégués par les gouvernements ou autorités centraux, régionaux ou locaux ; et

c) les tribunaux, les autorités de régulation, les institutions judiciaires et administratives ;



en réponse aux conséquences sanitaires ou économiques du virus COVID-19, entre autres :

- i. la prévention et le ralentissement de la transmission du virus COVID-19 sur le territoire d'un signataire, à l'intérieur ou à l'extérieur de celui-ci ;
- ii. en assurant une disponibilité suffisante de biens et de services pour prévenir la transmission du virus COVID-19 et traiter les personnes infectées par ce virus sur le territoire d'un signataire ;
- iii. en s'attaquant aux conséquences économiques du virus COVID-19 et aux réponses nationales et internationales aux risques et impacts sanitaires, notamment



- A. maintenir un niveau de réserves financières suffisant pour la mise en œuvre de son programme de développement économique durable ;
- B. prévenir ou régler les crises graves de la balance des paiements, les difficultés financières extérieures ou la menace de telles crises ;
- C. régler la cession ou l'acquisition d'actifs en difficulté dans les secteurs sensibles ;
- D. imposer des contraintes ou des conditions aux entreprises bénéficiant d'aides étatiques ;
- E. maintenir la liquidité des entreprises, en particulier des micro, petites et moyennes entreprises ;
- F. protéger la stabilité économique nationale ;
- G. maintenir l'emploi et les salaires, y compris en fournissant une substitution de salaire ; ou

iv. en poursuivant par ailleurs des objectifs conformes à la pratique internationale en réponse à la pandémie du COVID-19.



5. [*Optionnel* : Le paragraphe 1 ne s'applique pas à tout traité d'investissement notifié par un signataire comme étant un traité qu'il souhaite exclure du présent accord. Les notifications sont faites au moment de la signature du présent accord et identifient tout traité exclu par son titre, le nom des parties, la date de signature et, s'il y a lieu au moment de la notification, la date d'entrée en vigueur].

6. Le présent accord entre en vigueur pour chaque signataire au moment de la signature.

7. Les signatures seront déposées auprès du Secrétaire général des Nations Unies, dépositaire du présent accord.



Pour la discussion

Questions principales

- Que pensez-vous de l'objectif et de la portée de la proposition ?
- Faut-il privilégier une option multilatérale ou les pays doivent-ils rechercher des solutions bilatérales ou régionales ?
- Si une option multilatérale était jugée utile, quel devrait être le forum ?
- Comment les pays pourraient-ils lancer rapidement un processus de suspension du RDIE ?



Discussion ouverte

Instructions

Nous entamons maintenant le volet "discussion ouverte" de notre réunion. En rappel :

- Il s'agit d'une réunion virtuelle fermée, réservée aux négociateurs des pays en développement en matière d'investissement. La réunion se déroulera selon la "Chatham House Rule".
- Veuillez utiliser la fonction "lever la main" lorsque vous souhaitez faire un commentaire ou poser une question. Le modérateur technique activera alors votre micro.

Merci.